

Kredittgiveres frarådingsplikt overfor forbrukerlåntakere etter finansavtaleloven § 47



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 660
Leveringsfrist: 25. april 2011

Til sammen 17 649 ord

24.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema	1
1.2	Videre fremstilling og avgrensninger	2
1.3	Rettskildebildet	3
1.3.1	Om Finansklagenemnda Bank	4
1.3.2	Betydningen av Finansklagenemndas uttalelser som rettskildefaktor.	5
<u>2</u>	<u>BAKGRUNN OG FORMÅL</u>	<u>8</u>
2.1	Innledning	8
2.2	Bakgrunnen for frarådingsplikten	8
2.2.1	Lovgivningsprosessen	8
2.2.2	Betydning for rettstilstanden	10
2.3	Formålet med den lovfestede frarådingsplikt	12
<u>3</u>	<u>FRARÅDINGSPLIKTENS VIRKEOMRÅDE</u>	<u>15</u>
3.1	Innledning	15
3.2	Rettighetssubjekter	15
3.2.1	Fysisk person	16
3.2.2	Kredittavtaler med blandet formål	17
3.2.2.1	Næringsvirksomhet	17
3.2.2.2	Hovedsakelighetskriteriet	19
3.2.2.3	Krav til synbarhet?	21
3.2.3	Særregelen i finansavtaleloven § 2 annet ledd tredje punktum	22
3.3	Pliktsubjekter	23
3.4	Frarådingspliktens saklige virkeområde	25

<u>4</u>	<u>NÆRMERE OM FRARÅDINGSPLIKTENS INNHOLD</u>	<u>26</u>
4.1	Innledning	26
4.2	Forhold på forbrukerens side	27
4.2.1	"Økonomisk evne"	27
4.2.2	"Andre forhold".	31
4.3	"Må anta" – krav til kredittgivers kunnskap	39
4.3.1	Skjæringspunktet for kredittgivers aktsomhetsplikt	46
4.4	Terskelen for frarådingsplikten inntreden	47
4.5	Krav til utøvelsen av frarådingen	49
<u>5</u>	<u>RETTSVIRKNINGER AV BRUDD PÅ FRARÅDINGSPLIKTEN</u>	<u>52</u>
5.1	Innledning	52
5.2	Nærmere om vilkårene for lemping	52
5.2.1	Rimelighet	52
5.2.2	Årsakssammenheng	55
5.3	Former for lemping	56
<u>6</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER - RETTSPOLITISK VURDERING</u>	<u>57</u>
<u>7</u>	<u>KILDE / LITTERATURLISTE</u>	<u>60</u>
7.1	Lover	60
7.2	Forskrifter	60
7.3	Forarbeider	60
7.4	EØS-direktiver	61
7.5	Rettspraksis	61
7.5.1	Høyesterettspraksis	61
7.5.2	Lagmannsrettspraksis	62

7.5.3	Tingrettspraksis	62
7.5.4	Uttalelser fra Bankklagenemnda / Finansklagenemnda Bank	62
7.6	Juridisk Litteratur	63
7.6.1	Lærebøker	63
7.6.2	Artikler	63
7.7	Rapporter etc.	64
7.8	Andre kilder	65
7.9	Nettsider	65
7.10	Liste over tabeller og figurer m.v.	65

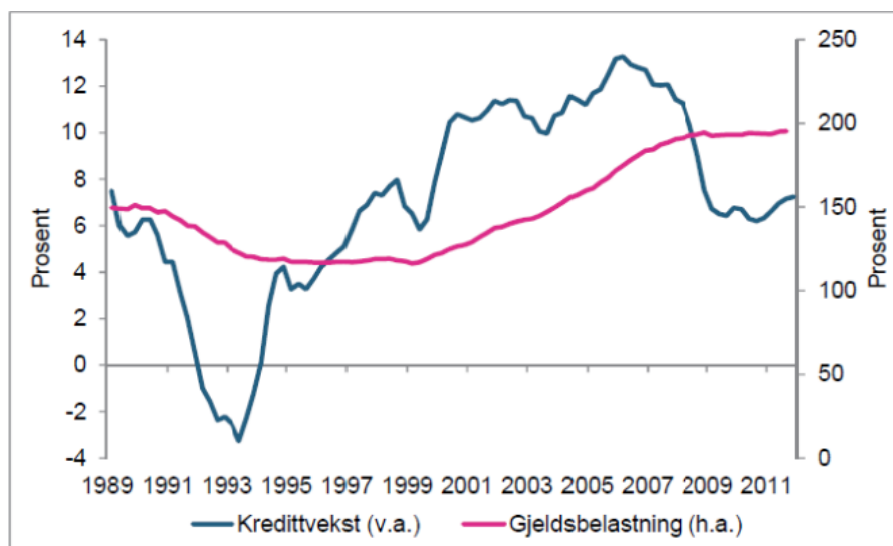
1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Tema for denne avhandlingen er kredittgiveres plikt til å fraråde forbrukerlåntakere å oppta kreditt etter finansavtaleloven § 47¹.

Etterspørselen etter kreditt i Norge er i dag høy. Dette skyldes blant annet en svært lav rente som følge av den finansielle uroen som hersker i Europa, og en forventning om fortsatt vekst i boligmarkedet². Samtidig florerer det av tilbud om raske penger i form av forbrukslån og kjøp av forbruksvarer på avbetaling. Gjeldsbelastningen for husholdninger er således på et historisk høyt nivå, noe som gjør mange privatpersoner svært sårbare for renteøkning eller bortfall av inntekt³. Risikoen for mislighold av kredittavtaler er dermed til stede med tiltagende styrke. Dette kan illustreres slik:

Figur nr.1:



¹ Lov 25. juni 1999 om finansavtaler og finansoppdrag (heretter også finansavtaleloven eller finansavtl.)

² Finanstilsynet (2012) s. 2

³ Finanstilsynet (2012) s. 45

Tidligere gjeldskriser har understreket behovet for forbrukerbeskyttende regler, og forbrukervern står i dag sentralt i lovreguleringen av finansmarkedet, herunder finansavtaleloven⁴. Frarådingsplikten i § 47 er tilsynelatende sentral i denne sammenheng, ettersom den antyder at kredittgivere har et visst ansvar for å unngå at forbrukere får problemer med å betjene sin kreditt. Aktualiteten kan illustreres av det faktum at den forhenværende Bankklagenemnda opplevde en betydelig økning av tvister om misligholdt frarådingsplikt etter § 47 i etterkant av finanskrisen i 2008⁵.

I dette perspektiv finner jeg det interessant å undersøke det nærmere innholdet i den lovfestede frarådingsplikten, og belyse dens betydning som forbrukervernregel.

1.2 Videre fremstilling og avgrensninger

Denne avhandling tar sikte på å framstille frarådingsplikten etter § 47 i et rettsdogmatisk perspektiv, gjennom en drøftelse av tre hovedproblemstillinger. Den første problemstillingen er hvilket virkeområde frarådingsplikten har. Dette behandles i kapittel 3. Den neste problemstillingen er hva som utgjør frarådingspliktens innhold, herunder hva som utløser kredittgivers plikt til å fråde. Dette behandles i kapittel 4. Den tredje problemstillingen behandles i kapittel 5, og gjelder hvilke rettsvirkninger et brudd på frarådingsplikten kan få. For oversiktens skyld vil jeg også redegjøre for frarådingspliktens bakgrunn og formål. Dette faller naturlig som et kapittel 2. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 6 komme med en kort rettspolitisk vurdering av den aktuelle bestemmelse.

Selv om fremstillingen vil favne vidt, avgrenses avhandlingen mot frarådingsplikt overfor kausjonister etter finansavtaleloven § 60. Av hensyn til avhandlingens rammer avgrenses det videre mot frarådingsplikt for såkalte kredittformidlere, jf. § 47 annet ledd.

⁴ Finanstilsynet (2012) s. 5

⁵ Bankklagenemnda (2009) s. 6

1.3 Rettskildebildet

I denne avhandlingen vil jeg anvende alminnelig juridisk metode⁶. Juridisk metode er i utgangspunktet den samme for alle rettsområder, men jeg finner det likevel hensiktsmessig å knytte noen kommentarer til rettskildebruken i denne avhandlingen.

Ettersom frarådingsplikten er lovfestet vil en naturlig språklig forståelse av ordlyden danne utgangspunktet for drøftelsen av de rettslige problemstillingene som behandles i denne avhandling. Finansavtaleloven § 47 benytter imidlertid flere skjønnsmessige og vage begreper, og bestemmelsen er - i samsvar med norsk lovgivning generelt, ikke kasuistisk utformet. Frarådingsplikten kan således vanskelig fastlegges kun basert på ordlydsfortolkning, og andre rettskildefaktorer vil derfor gi nyttige tolkningsbidrag. Her står lovens forarbeider sentralt.

Med forarbeider menes forslag, utredninger, debatter og voteringer som skriver seg fra dem som har deltatt i lovens forberedelse og vedtagelse⁷. Av særlig relevans er Banklovkommisjonens utredning fra 1994⁸, og Kredittkjøpslovutvalgets utredning av 2009⁹. Sistnevnte utredning la grunnlaget for lovendring av 7. mai 2010 nr.15 som integrerte kredittkjøpsloven i finansavtaleloven. I denne relasjon er også forarbeidene til den nå opphevede kredittkjøpsloven¹⁰ § 9a om frarådingsplikt ved kredittkjøp av stor interesse¹¹.

Ved den nevnte lovendring ble også det EØS rettslige direktivet 2008/48/EF om forbrukerkreditt gjennomført i norsk rett¹². Direktivet er et fullharmoniseringsdirektiv noe som innebærer at Norge ikke kan beholde eller innføre regler som fraviker reglene i

⁶ Se for eksempel Eckhoff (2001) om hva som anses som juridisk metode.

⁷ Eckhoff (2001) s. 65

⁸ NOU 1994:19

⁹ NOU 2009:11

¹⁰ Lov av 21. juni 1985 (kkjl.)

¹¹ Særlig NOU 2007:5

¹² Heretter forbrukerkredittdirektivet eller bare direktivet

direktivet¹³. Gjennomføringen medførte omfattende endringer i finansavtaleloven, og direktivet er derfor direkte relevant for forståelsen av finansavtaleloven § 47.

Et søk i lovdata viser at det er forholdsvis lite autoritativ rettspraksis som direkte vedrører frarådingsplikten i finansavtalelovens § 47. Så langt har Høyesterett ikke tatt stilling til selve innholdet i den lovfestede frarådingsplikten, men den er berørt i Rt.2004 s. 156 og Rt.2003 s.1253. Det finnes imidlertid noe mer praksis fra lagmannsrettene og tingrettene, og all den tid sakene ikke ankes eller blir nektet behandling i Høyesterett, vil slik praksis kunne bli veiledende for rettstilstanden¹⁴. Avgjørelser fra både mellominstansene og underinstansene vil derfor være relevante rettskilder for denne avhandling.

Det faktum at det er såpass lite rettspraksis vedrørende den aktuelle bestemmelse, skyldes i stor grad at majoriteten av tvistene om fraråding i lånesaker får sin avgjørelse i Finansklagenemnda Bank, tidligere Bankklagenemnda¹⁵. Et viktig rettskildespørsmål for denne avhandlingen blir da hvilken betydning uttalelser fra Finansklagenemnda har som rettskildefaktor. Dette behandles særskilt nedenfor der jeg først under punkt 1.3.1 vil gi en kort redegjørelse for Finansklagenemnda Bank og dens myndighet, for deretter å drøfte den rettskildemessige betydningen av nemndas uttalelser under punkt 1.3.2.

1.3.1 Om Finansklagenemnda Bank¹⁶

Finansklagenemnda (FinKN) er et bransjebasert utenrettslig tvisteløsningsorgan som har som hovedformål å behandle klager som gjelder tvister av rettslig karakter som springer ut av kontraktsforhold mellom finans- og forsikringsforetak og deres kunder. Finansklagenemnda består av ett sekretariat og fire nemnder, hvorav Finansklagenemnda Bank behandler saker innenfor områdene bank, finans og verdipapirfond¹⁷.

¹³ NOU 2009:11 s. 23

¹⁴ Eckhoff (2001) s. 162

¹⁵ Hagstrøm (2011) s. 57

¹⁶ Heretter bare Finansklagenemnda eller nemnda

¹⁷ Avtale om Finansklagenemnda av 2010

Nemnda ble opprettet 1. juli 2010 med grunnlag i en avtale mellom Forbrukerrådet (FR), Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO), Finansnæringens Fellesorganisasjon (FNO), Finansieringsselskapenes Forening (FINFO) og Verdipapirfondenes forening (VFF), jf. finansavtaleloven § 4. Avtalen innebærer en sammenslåing av Forsikringsklagenemnda (FKN) og Bankklagenemnda (BKN), og avløser tidligere avtaler for disse, herunder Hovedavtalen for Bankklagenemnda. I følge førstnevnte avtale tar sammenslåingen blant annet sikte på å skape et større og mer synlig kompetanse- og ressursfaglig miljø der det blir lettere å fremskaffe operasjonell spisskompetanse. Det er dessuten antatt at reorganiseringen vil gi en mer effektiv saksbehandling og kostnadsbesparelser på sikt¹⁸. Den organisatoriske og formelle overgangen fra Bankklagenemnda til Finansklagenemnda Bank, medfører således ingen reell endring hva gjelder nemndas oppgaver, sammensetning, kompetanse etc. For ordens skyld vil jeg likevel skille mellom betegnelsene Bankklagenemnda og Finansklagenemnda, ved omtale av aktuelle uttalelser.

Finansklagenemndas uttalelser er rådgivende¹⁹. Det foreligger således ingen rettslig plikt for partene i klagesaken å respektere nemndas uttalelse, og domstolene står i utgangspunktet fritt til å ta hensyn til nemndas uttalelser i sine avgjørelser.

1.3.2 Betydningen av Finansklagenemndas uttalelser som rettskildefaktor.

Som følge av at nemndas uttalelser kun er rådgivende synes utgangspunktet etter tradisjonell norsk rettskildelære å være at slik praksis har liten rettskildeverdi. Rettskildelæren og den juridiske metode bygger imidlertid ikke på formallogikk og er ingen eksakt vitenskap. Hvilken vekt en rettskildefaktor skal tillegges i en konkret rettsanvendelsesprosess finnes det følgelig ikke noe entydig svar på. Gjennom studier av domstolenes praksis, og da hovedsakelig Høyesterettsavgjørelser, kan man likevel forsøke å anta noe om hvilken vekt rettsanvenderen gjennomgående synes å tillegge de enkelte rettskildefaktorer ut i fra premissene for konklusjonen. Spørsmålene som skal belyses i det følgende er således hvilken vekt Høyesterett synes å tillegge

¹⁸ Avtale om Finansklagenemnda av 2010

¹⁹ Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda av 2010 pkt. 12

Finansklagenemndas uttalelser, og hvilke hensyn som kan tale for at nemndas uttalelser bør tillegges vekt som rettskilde.

Det finnes ingen avgjørelser fra Høyesterett hvor det sies noe prinsipielt om rettskildeverdien av uttalelser fra Finansklagenemnda. Hva gjelder rettskildeverdien av nemndsavgjørelser generelt foreligger det imidlertid interessante bemerkninger i den såkalte Nanset-dommen inntatt i Rt.1984 s. 248, som gjelder praksis fra Næringslivets Konkurransautvalg. Saken gjaldt et erstatningskrav etter overtakelsen av et mellommannsforhold. For Høyesterett var det dokumentert en rekke uttalelser om forhandlerskifte fra Næringslivets Konkurransautvalg i relasjon til generalklausulen i markedsføringsloven. På samme måte som Finansklagenemnda avgir Næringslivets Konkurransautvalg rådgivende uttalelser. Selv om ordningen er en god del eldre enn ordningen med Finansklagenemnda, er det langt mer sparsom praksis, og den knytter seg i det vesentlige til lovregler om "god forretningsskikk". Likevel uttalte Høyesterett at "De responsa som avgis av et organ som Næringslivets Konkurransautvalg binder ikke domstolene, selv om jeg er enig i at det ofte vil være naturlig å tillegge dem betydelig vekt". Det er grunn til å tro at domstolene vil innta samme holdning til Finansklagenemndas praksis²⁰.

Den rettskildemessige betydningen av nemndsuttalelser belyses også i Høyesteretts avgjørelser inntatt i Rt.1987 s. 744 og Rt.1993 s.1482. I begge disse sakene ble uttalelser fra den daværende Forsikringsklagenemnda påberopt som uttrykk for bransjepraksis. Dersom det øvrige rettskildematerialet i den konkrete sak er tynt, og nemndas uttalelser har dannet grunnlag for en etablert praksis som berører hele bransjen, er det grunn til å anta at nemndsavgjørelsene vil veie tungt²¹.

Selv om Finansklagenemndas uttalelser ikke er bindende for partene, skal nemnda likevel varsles innen 30 dager dersom resultatet blir fraveket²². Hvis slikt varsel ikke er sendt innen fristen er finansforetaket bundet av uttalelsen. På grunn av denne

²⁰ Se Hagstrøm (2011) s. 58

²¹ Se Hagstrøm (2011) s. 58

²² Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda av 2010 pkt. 12

tilbakemeldingsordningen, kan det i følge Hagstrøm slås fast at bankene i det alt overveiende antall saker respekterer nemndas uttalelser²³. Dette kan ha flere grunner, men tyder under enhver omstendighet på at bankene i stor grad driver sin virksomhet i samsvar med Finansklagenemndas avgjørelser. Dette indikerer videre at Finansklagenemndas uttalelser danner grunnlaget for en bransjepraksis, herunder praksis vedrørende fraråding etter finansavtaleloven § 47, noe som bør vektlegges av domstolene. Nemndas medlemmer er dessuten høyt faglig kvalifisert, og representerer både banknæringen og forbrukersiden²⁴. Denne sammensetningen kan gjøre uttalelsene både grundige og balanserte, og dermed gi dem større legitimitet som rettskilde. Nemndas uttalelser blir også publisert og offentliggjort elektronisk slik at innrettelseshensyn kommer inn med tyngde²⁵. Disse forhold sett i sammenheng kan tale for at nemndas uttalelser bør veie tungt i saker knyttet til frarådingsplikten etter finansavtaleloven § 47²⁶.

Som et ytterligere moment kan det bemerkes at Bankklagenemndas praksis har vært en sentral del av de lovgivningspolitiske vurderinger ved utformingen av lovutkast fra banklovkommisjonen²⁷. Nemndas uttalelser blir således trolig tillagt vekt som rettskilde indirekte gjennom forarbeider til lovgivning på bankrettens område²⁸.

Endelig kan det være grunn til å nevne at det i 2010 ble slutført en offentlig utredning om nemndsbehandling av forbrukertvister²⁹. Et av forslagene i utredningen er at nemdene etter offentlig godkjenning skal kunne søke om å gi nemndsuttalelsene retts- og tvangskraft³⁰. Dersom dette blir vedtatt og Finansklagenemndas uttalelser får en slik status, vil det klart styrke rettskildeværdien.

²³ Hagstrøm (2011) s. 57

²⁴ Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda av 2010 pkt. 14

²⁵ Vedtekter for Finansklagenemnda av 2010 § 4-4

²⁶ Se også Taubøll (2011) s.14

²⁷ Se f.eks., NOU 2009:11 på s. 98

²⁸ Se Hagstrøm (2011) s. 58

²⁹ NOU 2010:11

³⁰ Se NOU 2010:11 s. 100

Etter dette må det kunne antas at Finansklagenemndas uttalelser har stor rettskildemessig betydning i saker om frarådingsplikt etter finansavtaleloven § 47, og er følgelig en viktig rettskilde for denne oppgave. Det er likevel grunn til å presisere at rettskildeverdien i en konkret sak alltid vil bero på det samlede rettskildebildet. En uttalelse fra Finansklagenemnda Bank vil således neppe bli tillagt særlig vekt av rettsanvenderen dersom Høyesterett i en tidligere sak har kommet til at annet resultat.

2 Bakgrunn og formål

2.1 Innledning

For å komplettere fremstillingen av bestemmelsen i § 47 kan det være nyttig å undersøke hvorfor lovgiver ønsket en lovfestet frarådingsplikt og hvilket formål den er ment å oppfylle.

2.2 Bakgrunnen for frarådingsplikten

2.2.1 Lovgivningsprosessen

Innføringen av den lovfestede frarådingsplikt i finansavtaleloven § 47 kan først og fremst sees i sammenheng med den gjeldskrise som oppstod i Norge på slutten av 1980-tallet. Det vil føre for langt her å gå nærmere inn på de samlede grunner til denne krisen, men som kjent var en av de utløsende hovedårsakene at norske kredittinstitusjoner som følge av liberaliseringen av kredittpolitikken på midten av 1980-tallet, fikk muligheten til å øke sine utlån til norske husholdninger betraktelig. Dette utløste en hard konkurranse om lånekundene og mange banker stilte derfor lave krav til tilbakebetalingsevne og sikkerhet for kreditten. Mange norske husholdninger lånte i denne periode betydelig over evne, og maktet derfor ikke å betale sine låneforpliktelser da den store renteøkning kom som følge av krakket i 1987. Dette kombinert med fallende boligpriser resulterte i en av de mest dramatiske økonomiske begivenheter i Norge siden andre verdenskrig³¹, og fikk store konsekvenser for mange alminnelige nordmenn.

³¹ NOU 1992: 30 pkt. 4.1

Som et hastetiltak for å redusere de negative effektene av gjeldskrisen på individnivå, ble gjeldsordningsloven for privatpersoner³² vedtatt i 1992. Loven åpner på nærmere vilkår for at personer i en håpløs gjeldssituasjon kan få slettet sin gjeld i løpet av en gjeldsordningsperiode på normalt 5 år³³.

Mens gjeldsordningsloven skulle bidra til å løse problemer etter den allerede oppståtte krise, ble det i 1990 nedsatt et offentlig utvalg – Banklovkommisjonen - som blant annet skulle drøfte tiltak som kunne redusere risikoen for at en ny gjeldskrise skulle oppstå i fremtiden³⁴. I dette henseende så kommisjonen på ulike typer av regler som kunne medvirke til at låntakere ikke tar opp lån, når det allerede på tidspunktet for avtalens inngåelse foreligger en markert risiko for senere mislighold på låntakerens side, herunder regler om frarådingsplikt for kredittgivere³⁵. Regler om frarådingsplikt ble imidlertid gjenstand for uenighet blant kommisjonens medlemmer, som delte seg i et flertall og et mindretall.

Uenigheten knyttet seg i all hovedsak til spørsmålet om hvorvidt det ville være nødvendig å lovfeste en frarådingsplikt eller ikke. Kommisjonens medlemmer var i utgangspunktet enige om at profesjonelle långivere ikke burde yte lån som låntakeren ikke har økonomisk evne til å bære, men flertallet mente at en lovfestet frarådingsplikt ville være både unødvendig og uheldig. Flertallet kunne vanskelig tenke seg det særlig praktisk for en kredittinstitusjon å yte et lån til en kunde, i en situasjon hvor det for institusjonen fortoner seg som sannsynlig at låntakeren vil være ute av stand til å betjene lånet. Videre mente flertallet at det ville stride mot gjeldende prinsipper om god bankpraksis å inngå en avtale med en låntaker som ikke har evne til å betjene sine forpliktelser, og at eventuelle forsømmelser fra kredittgiver i denne forbindelse uansett ville falle inn under bestemmelser om ugyldighet, eller ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold³⁶. Kommisjonen ga på denne måte uttrykk for at det etter deres mening

³² Lov nr. 99 av 17. juli 1992

³³ Hveem (2009) s. 243

³⁴ Hveem (2009) s. 243

³⁵ NOU 1994: 19 s. 54

³⁶ NOU 1994: 19 s. 54

allerede eksisterte regler i norsk rett som ivaretok låntakerens interesser ved uforsvarlig kredittgiving.

Mindretallet mente på sin side at en lovfestet frarådingsplikt var nødvendig, først og fremst fordi finansinstitusjoner i forhold til forbrukere er å regne som den profesjonelle part som normalt forholdsvis lett vil kunne konstatere om et låneopptak står i forsvarlig forhold til forbrukerens økonomi eller ikke. Mindretallets forslag til en regel om frarådingsplikt bygger således på den tanke at institusjonens sakkunnskap og erfaring også bør komme forbrukeren til gode i form av fraråding når dette er på sin plass³⁷.

I den videre lovgivningsprosessen sluttet Justisdepartementet seg til flertallet i Banklovkommisjonens syn, og tilføyde at en lovfestet regel om frarådingsplikt kunne virke konfliktskapende som følge av ordlydens skjønsmessige begreper³⁸.

Stortingsflertallet støttet imidlertid forslaget fra mindretallet i Banklovkommisjonen og vedtok frarådingsplikten³⁹. Banklovkommisjonens mindretalls merknader til forslaget er følgelig sentrale ved fastleggelsen av det nærmere innholdet i finansavtaleloven § 47.

2.2.2 Betydning for rettstilstanden

Redegjørelsen i det foregående punkt 2.2.1, antyder at det neppe er tvilsomt at det før vedtagelsen av finansavtaleloven § 47 var utviklet en frarådingsplikt for långivere på ulovfestet grunnlag. For eksempel anså mindretallet i Banklovkommisjonen forslaget til en lovfestet frarådingsplikt som "i hovedsak å være en kodifisering av ulovfestet rett"⁴⁰.

I dette henseende kan det spørres om den lovfestede frarådingsplikt har skjerpet kravene til fraråding og pålagt kredittinstitusjonene større forpliktelser enn de hadde før loven trådte i kraft.

Den ulovfestede frarådingsplikten utledes fra rettspraksis med utgangspunkt i Høyesteretts dom inntatt i Rt.1959 s. 1048. I saken ble et salg av fast eiendom kjent

³⁷ NOU 1994: 19 s. 55

³⁸ Ot.prp.nr. 41 (1998-99) s. 59

³⁹ Innst.O.nr.84 pkt.9.4

⁴⁰ NOU 1994 s. 54

ugyldig etter avtalelovens § 33 fordi det måtte ha vært "åpenbart" for selgeren på avtaletidspunktet at kjøperen ikke hadde økonomisk evne til å oppfylle sin betalingsforpliktelse. Høyesterett uttaler at det under disse omstendigheter var "nødvendig at selgeren gikk forsvarlig frem"⁴¹. Dette kan leses som at selgeren skulle ha gjort kjøperen oppmerksom på sine motforestillinger, og at det måtte gå utover selger at han hadde latt det være. Høyesterett satte her terskelen for å statuere frarådingsplikt svært høyt, formulert som et krav om at det måtte dreie seg om et "håpløst foretagende".

Den strenge norm som ble etablert av Høyesterett i 1959 har senere blitt lempet noe. Dette må antas å ha sammenheng med de senere tiårs økte vektlegging av forbrukervern og lojalitet i kontraktsforhold⁴². I Rt.1984 s. 28 ble for eksempel ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold uttrykkelig oppstilt som en selvstendig ugyldighetsgrunn ved siden av avtaleloven § 33, og det er en generell tendens i rettspraksis at kravet til lojalitet i kontraktsforhold er blitt skjerpet i de senere år⁴³. Hva gjelder forbrukervern er det i flere av de kontraktsrettslige forbrukerlovene som kom til i løpet av 1990-begynnelsen av 2000- tallet også inntatt regler om frarådingsplikt for den næringsdrivende jf. for eksempel håndverkertjenesteloven §§ 7 og 8. Også vedtagelsen av avtaleloven § 36 viser at lovgiver har hatt et økende fokus på å beskytte den svakere part i et kontraktsforhold⁴⁴.

Disse utviklingstrekkene er fremhevet av Høyesterett i Rt.2003 s. 1252 som dreide seg om et låneopptak fra før finansavtaleloven trådte i kraft og derfor måtte avgjøres etter gamle, ulovfestede regler. Til tross for at banken her ble frifunnet, inneholder dommen interessante uttalelser som nyanserer utgangspunktet fra 1959 om "håpløst foretagende". Hovedregelen var fortsatt at "ein låntakar måtte vurdere si eiga betalingsevne, og at det gjekk utover han sjølv om han tok feil...". Unntak fra hovedregelen kunne det bare bli tale om i helt særskilte situasjoner. Likevel fremholder Høyesterett at det hadde skjedd

⁴¹ Rt.1959 s. 1048 på s. 1053

⁴² Hansen (2005) s. 236

⁴³ Hagstrøm (2011) s. 77

⁴⁴ Hansen (2005) s. 236

en rettsutvikling med sterkere forbrukervern og økt vektlegging rent allment av lojalitet og samarbeid mellom kontraktsparter. På denne bakgrunn uttaler førstvoterende at "Ein långivar si frarådingsplikt var derfor meir omfattande i 1994 enn i 1959". I tråd med Høyesteretts varslede innskjerping av frarådingsplikten, synes oppfatningen å ha vært at en kredittgiver i sin vurdering av et engasjements risikoprofil kan legge større vekt på tilbakebetalingsmuligheten enn den forretningsmessige side ved engasjementet som lånet skal finansiere⁴⁵.

Det må antas at finansavtaleloven § 47 har endret denne rettstilstanden, noe også Bankklagenemnda har gitt uttrykk for, jf. BKN-2003-140. Blant annet stilles det nå trolig krav til en bredere vurdering av engasjementet enn før. For eksempel skal institusjonene i tillegg til sviktende "økonomisk evne", også ta i betraktning "andre forhold på forbrukerens side". Dessuten indikerer ordlyden at terskelen for når plikten inntreffer er lavere enn før ved at det er tilstrekkelig at låntakeren "alvorlig bør overveie å avstå fra" å ta opp kreditten. Det nærmere innholdet i disse begrepene vil bli redegjort for nedenfor. Det kan imidlertid konstateres at § 47 ut i fra sin ordlyd åpner for en ganske vidtgående frarådingsplikt som skjerper kravene til kredittinstitusjonenes opptreden⁴⁶.

Det er for øvrig grunn til å tro at forståelsen av reglene i § 47 også vil kunne legge betydelige føringer for den aktsomhetsplikt finansinstitusjonene har etter den ulovfestede frarådingsplikt som fortsatt gjelder på områder som ikke reguleres av finansavtaleloven⁴⁷.

2.3 Formålet med den lovfestede frarådingsplikt

Frarådingspliktens overordnede formål er å forhindre uforsvarlige låneopptak⁴⁸. Det siktes her til at en fraråding fra kredittgivers side vil gjøre forbrukeren oppmerksom på eventuell risiko knyttet til kredittopptaket, og dermed foranledige en beslutning om å

⁴⁵ Hagstrøm (2011) s.179

⁴⁶ Hagstrøm (2011) s. 179 og 180

⁴⁷ Hagstrøm (2011) s. 180

⁴⁸ NOU 1994:19 s. 54

avstå. Frarådingsplikten er således ment å virke preventivt. Men selv om frarådingsplikten hovedanliggende er å forebygge at forbrukere tar opp lån de ikke har evne til å betjene, er bestemmelsen i § 47 utformet slik at også andre hensyn og interesser ivaretas. Dette kan blant annet utledes av adgangen til å lempe forbrukerens gjeldsbyrde ved unnlatt fraråding, jf. § 47 tredje ledd.

Gjennom lempningsregelen vil bestemmelsen også kunne ha en reparerende funksjon ved at låntagerens låneforpliktelse kan reduseres eller bortfalle i sin helhet⁴⁹. Denne virkningen er som antydning over helt sentral ved gjeldsordning etter gjeldsordningsloven. Man kan således spørre seg om ikke gjeldsordningsinstituttet overskygger behovet for en lovfestet frarådingsplikt. Banklovkommisjonens mindretall fremhever imidlertid i sine merknader at hovedformålet med lempingsadgangen er at den skal effektivisere institusjonenes bruk av frarådingsplikten, og at sanksjonen således retter seg mot den enkelte kreditor. Reglene om frarådingsplikt er dermed av en annen karakter enn reglene i gjeldsordningsloven som omfatter alle kreditorene⁵⁰.

Videre peker Banklovkommisjonens mindretall på at frarådingsplikten vil ha to viktige sidevirkninger. For det første antas regelen å gi et ytterligere incentiv til finansinstitusjonene for å hindre kredittgivning til forbrukere som ikke har noen realistisk oppfatning av egen økonomi⁵¹. Tanken er vel at de plikter som følger av § 47 vil kunne ha en normerende og oppdragende virkning på kredittinstitusjonens adferd over tid, blant annet ved å bidra til utvikling av bedre kredittvurderingssystemer⁵². Gjennom slike systemer vil man kunne skape et større fokus på forbrukerlåntagere som ikke bør få innvilget kreditt.

For det andre vil frarådingsplikten kunne fremme likebehandling blant kreditorene. Dette må sees i sammenheng med reglene i gjeldsordningsloven og dekningsloven som bygger på prinsippet om at kreditorer prioriteres ut i fra anskaffet sikkerhet og etter kravenes art, og at de innenfor de ulike grupper vurderes likt. Dette betyr for eksempel

⁴⁹ Hansen (2005) s. 239

⁵⁰ NOU 1994:19 s. 54

⁵¹ NOU 1994:19 s. 55

⁵² Hansen (2005) s. 239

at en bank som innvilger kreditt uten sikkerhet i mai som på dette tidspunkt må vurderes som fullt forsvarlig, blir likestilt med en annen finansinstitusjon som gir kreditt i november samme år som fører til at kundens totale kredittmengde blir umulig å betjene. En regel om frarådingsplikt vil kunne rette opp en slik urettferdighet mellom kreditorene, fordi regelen i finansavtaleloven § 47 tredje ledd åpner for avkortning av kreditten som ble gitt i november, mens banken som ga kreditt i mai beholder sin fordring uavkortet⁵³. Hensynet til likhet blant kreditorene har imidlertid nå også kommet til uttrykk i gjeldsordningsloven § 4-8 første ledd bokstav i), hvoretter en fordring i forbindelse med inngåelse av gjeldsordning kan gis dårligere dekning dersom frarådingsplikten etter finansavtaleloven § 47 "åpenbart" ikke er overholdt. Dette kan indikere at det faktisk var behov for en lovfestet frarådingsplikt slik Banklovkommisjonens mindretall mente.

Den lovfestede frarådingsplikt innebærer ikke noe forbud mot at långiveren yter lånet. Så lenge låntakeren er advart om motforestillingene vil begge parter være klar over den betydelige risiko for mislighold som foreligger, og det vil således ikke være grunnlag for å revidere avtalen på grunn av låntagerens uvitenhet⁵⁴. På denne måten kan man si at et annet sentralt hensyn bak bestemmelsen er å utjevne det ulike styrkeforholdet som normalt eksisterer i kontraktsforholdet mellom en profesjonell kredittgiver og en forbrukerlåntager.

⁵³ NOU 1994:19 s. 55

⁵⁴ NOU 1994: 19 s. 54

3 Frarådingspliktens virkeområde

3.1 Innledning

Ved fremstillingen av den lovfestede frarådingsplikten er det naturlig å fastlegge hvilket virkeområde den har. § 47 er plassert i finansavtalelovens kapittel 3, som etter § 44 første ledd gjelder for "**kredittavtaler mellom en kredittgiver og en kredittkunde**" (min utheving). Ordlyden i § 44 gir således uttrykk for at bestemmelsene i kapittel 3, herunder § 47, er avgrenset både personelt og saklig. Den overordnede problemstilling i dette kapittelet blir dermed hvordan de tre begrepene skal forstås i relasjon til § 47.

I det følgende skal det først i punkt 3.2 og 3.3 redegjøres for frarådingspliktens personelle virkeområde, herunder hvem som er rettighetssubjekter og pliktsubjekter. Deretter skal det i punkt 3.4 redegjøres for frarådingspliktens saklige virkeområde, herunder hva som regnes som kredittavtale etter § 47.

3.2 Rettighetssubjekter

Den lovfestede frarådingsplikten etter § 47 gjelder kun overfor kredittkunder som er forbrukere jf. bestemmelsens første ledd. Det er således ikke tale om noen deklarasjonsbestemmelse overfor næringsdrivende. Forbruker defineres i lovens § 2 første ledd annet punktum som "en fysisk person når avtalens formål for denne ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet".

Definisjonen må ses i nær sammenheng med forbrukerkredittdirektivet der forbruker er definert som "en fysisk person, der i forbindelse med transaksjoner, som er omfattet af dette direktiv, ikke handler som led i sin erhvervmæssige virksomhed". Det forhold at finansavtalelovens forbrukerdefinisjon avviker noe fra direktivets definisjon reiser visse spørsmål knyttet til myndighetenes plikt til å oppnå fullharmonisert lovgivning. Dette omtales nærmere nedenfor i punkt 3.2.2.2.

Definisjonen i finansavtalelovens § 2 første ledd annet punktum gir grunnlag for to problemstillinger. Den første er hva som menes med "en fysisk person", mens den andre vedrører fastleggelsen av avtalens formål. I det følgende behandles de to problemstillingene hver for seg.

3.2.1 Fysisk person

En naturlig språklig forståelse av begrepet "fysisk person" tilsier at frarådingsplikten etter § 47 ikke gjelder overfor kredittkunder som er juridiske personer⁵⁵. Etter definisjonen vil juridiske personer, for eksempel aksjeselskap, derfor alltid være å anse som næringsdrivende. Dette gjelder tilsvarende for juridiske personer som ikke driver profittmotivert virksomhet, typisk ideelle foreninger og stiftelser⁵⁶. Også offentlige institusjoner vil av denne grunn falle utenfor forbrukerbegrepet⁵⁷. Begrunnelsen for denne avgrensningen er fra departementets side at området for særskilte forbrukervernregler bør være begrenset til avtaler som gjelder ivaretagelse av personlige behov⁵⁸.

Under lovforberedelsen foreslo et mindretall av medlemmene i Banklovkommisjonen at forbrukerbegrepet ikke skulle utelukke juridiske personer som i realiteten fremstår som en samling forbrukere, typisk borettslag, boligsameier og idrettslag, under henvisning til at slike avtaler ofte ville ha et personlig formål for den enkelte⁵⁹. Flertallet mente på sin side at avgrensningen måtte være absolutt og gjelde også overfor slike sammenslutninger. Flertallets syn fikk støtte fra departementet⁶⁰ og anses i dag for å være i samsvar med direktivets forbrukerdefinisjon⁶¹. Som eksempel kan nevnes dommen i RG.2011 s. 528 der retten fant at finansavtaleloven § 47 ikke kunne anvendes direkte på en låneavtale mellom en bank og et borettslag, fordi det var "klart at borettslag faller utenfor..." forbrukerdefinisjonen i § 2 (1) annet punktum.

På grunn av ordlydens klare avgrensning mot juridiske personer kan det imidlertid ikke være tvilsomt at løsere grupper av fysiske personer som opptrer samlet, men som ikke

⁵⁵ Jf. definisjonen av kredittkunde i § 44 a bokstav d)

⁵⁶ Vinje (2005) s. 301

⁵⁷ NOU 1994:19 s. 96

⁵⁸ Ot.prp.nr.41 (1998-1999) s. 21

⁵⁹ NOU 1994:19 s. 96, og Ot.prp.nr.41 (1998-1999) s. 21

⁶⁰ Ot.prp.nr.41 (1998-1999) s. 21

⁶¹ Prop.65 L (2009-2010) s. 45

utgjør noen juridisk person, kan anses som forbrukere etter finansavtaleloven. I forarbeidene nevnes som eksempel sykklubber og foreldregrupper⁶².

3.2.2 Kredittavtaler med blandet formål

Også fysiske personer kan drive næringsvirksomhet og dermed falle utenfor forbrukerdefinisjonen etter finansavtaleloven. Dette fordrer imidlertid at formålet med den aktuelle finansavtale hovedsakelig er knyttet til den næringsvirksomhet som vedkommende driver. Hvis formålet ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet, er kredittkunden forbruker i lovens forstand⁶³.

Som oftest er det ikke vanskelig å avgjøre om en kredittkunde er forbruker eller ikke. Tvilsspørsmål kan imidlertid oppstå der kredittkundens formål med inngåelsen av kredittavtalen er delt, dvs. at formålet er delvis av privat karakter og delvis knyttet til næringsvirksomhet⁶⁴. Dersom en person for eksempel lånefinansierer kjøp av en båt som han bruker til å fiske med, må låneformålet trolig anses for å være av privat karakter så lenge det er tale om fiske på fritidsbasis. Men dersom fangsten selges og låntakeren oppnår en inntekt på fiskeriet, vil formålet fort også kunne sies å være knyttet til næringsvirksomhet⁶⁵.

For å kunne ta stilling til slike spørsmål må man undersøke to problemstillinger. For det første er det nødvendig å finne ut av hva som menes med "næringsvirksomhet" og for det andre er det nødvendig å vite hva som ligger i hovedsakelighetskriteriet.

3.2.2.1 Næringsvirksomhet

Loven gir ingen direkte anvisning på hva som regnes som næringsvirksomhet, men en naturlig språklig forståelse av begrepet tilsier at det må dreie seg om virksomhet som etter sin art er egnet til å gi et økonomisk overskudd⁶⁶. Paralleller kan her trekkes til

⁶² NOU 1994:19 s. 96

⁶³ Prop.65 L (2009-2010) s. 35

⁶⁴ NOU 2009:11 s. 35

⁶⁵ Se FINKN-2011-220

⁶⁶ Se Zimmer (2009) s. 134-135

skatterettens virksomhetsbegrep og kravet til "økonomisk karakter" for at virksomhet skal danne grunnlag for beregning av skatt- eller skattefradrag⁶⁷. Den sentrale dom i dette henseende er den såkalte "Ringnes-dommen" inntatt i Rt.1985 s.319. Her ble en velstående forretningsmann som drev gårdsdrift på fritiden nektet fradrag for driftsutgifter, fordi virksomheten ikke ble ansett å ha en "økonomisk karakter". Om virksomhetsbegrepet uttaler Høyesterett at det sentrale er "at virksomheten objektivt sett må være egnet til å gi overskudd, om ikke i det år ligningen gjelder, så i alle fall på noe lengre sikt". Selv om det ikke finnes direkte holdepunkter i forarbeidene til verken finansavtaleloven eller skatteloven for å kunne foreta en analogi fra skatterettens virksomhetsbegrep til finansavtalelovens forbrukerbegrep, vil skatterettens tolkninger trolig kunne tjene som veiledning for forståelsen av finansavtaleloven § 2 (1) annet punktum⁶⁸. Dette synspunkt synes å være lagt til grunn av Bankklagenemda i BKN-2003-32. I denne saken ble en bankkunde vurdert som næringsdrivende fordi den lånefinansierte aksjehandel som kunden hadde drevet var å anse som virksomhet i skatterettslig forstand⁶⁹.

Alminnelige lønnsinntakernes lånefinansiering av anskaffelse av ting som skal anvendes i et ansettelsesforhold, anses tradisjonelt som forbrukerforhold. Dette er en av grunnene til at lovgiver har benyttet begrepet næringsvirksomhet og ikke ervervsvirksomhet⁷⁰. Det er antatt at finansavtalelovens forbrukerdefinisjon på dette punkt ikke vil skape problemer i relasjon til direktivet, selv om art. 3 bokstav a) benytter begrepet "erhvervsmæssig virksomhed"⁷¹.

I tillegg til de momenter som kan utledes fra ordlyden og fra skatterettens virksomhetsbegrep, vil det i vurderingen av om en låntaker er forbruker eller næringsdrivende også kunne være relevant å se hen til hva slags formuesgode som skal finansieres gjennom kredittopptaket⁷². I BKN-2009-25 ble for eksempel et større

⁶⁷ Vinje (2005) s. 301

⁶⁸ Se Vinje (2005) s. 301 og Taubøll (2011) s. 20.

⁶⁹ Se Vinje (2005) s. 301

⁷⁰ NOU 1994:19 s. 95

⁷¹ NOU 2009:11 s. 35

⁷² Vinje (2005) s. 302-303

låneopptak til kjøp av leiligheter for utleie eller videresalg betraktet som næringsvirksomhet, og i FINKN-2011-220 ble en kredittkunde som gikk til innkjøp av en båt som var "egnet til fiske i næringsvirksomhet", ansett som næringsdrivende. Avgjørelsen beror imidlertid på en konkret vurdering, og de aktuelle formuesgoder må sees i sammenheng med de øvrige omstendigheter i saken. For eksempel ble det i den nevnte uttalelsen vedrørende kjøp av fiskebåt også lagt vekt på at låntakeren i følge det foreliggende saksmaterialet hadde ønsket å etablere næringsvirksomhet, og dessuten levert fisk til fiskemottak mot vederlag. Det var altså ikke kun formuesgodet som var avgjørende.

3.2.2.2 Hovedsakelighetskriteriet

Det hovedsakelighetskriterium som benyttes i finansavtalelovens forbrukerdefinisjon gjenfinnes ikke i direktivet, som altså definerer forbruker som en fysisk person som "ikke handler som led i udøvelsen af sin erhversmæssige virksomhed". Ordlyden i direktivet art. 3 bokstav a) tilsier således at kredittavtaler med delt formål faller utenfor forbrukerdefinisjonen. Kredittkunder som inngår kredittavtaler med delt formål vil jo alltid handle som ledd i sin næringsvirksomhet, i tillegg til det private formål⁷³. Finansavtalelovens forbrukerbegrep åpner derimot for at slike avtaler kan omfattes av forbrukerbegrepet, og rekker dermed trolig videre enn direktivets forbrukerdefinisjon⁷⁴. Ettersom direktivet er et fullharmoniseringsdirektiv oppstår da problemstillingen om kredittkunder som inngår kredittavtaler med delt formål fortsatt kan anses som forbrukere etter finansavtaleloven § 2 (1) annet punktum.

Problemstillingen ble diskutert av Banklovkommisjonen i forbindelse med implementeringen av forbrukerkredittdirektivet, der uenigheten knyttet seg nettopp til hvorvidt hovedsakelighetskriteriet kunne opprettholdes eller måtte endres i samsvar med direktivets ordlyd. Banklovkommisjonens flertall, som fikk støtte fra departementet, konkluderte med at definisjonen i finansavtaleloven § 2 (1) annet

⁷³ NOU 2009:11 s. 35

⁷⁴ NOU 2009:11 s. 35

punktum kunne videreføres uten endringer⁷⁵. Dette ble blant annet begrunnet med at det ikke vil stride med norske myndigheters forpliktelse til å gjennomføre direktivet etter EØS-avtalen, å videreføre en definisjon som er mer vidtrekkende enn direktivets forbrukerdefinisjon. Det ble også vist til at definisjonen i finansavtaleloven under enhver omstendighet kan tolkes direktivkonformt, altså innskrenkende, av norske domstoler i fremtiden⁷⁶. Et søk i lovdata viser foreløpig ingen eksempler på at norske domstoler har foretatt en slik direktivkonform fortolkning⁷⁷. Rettstilstanden er derfor formodentlig slik at kredittkunder som inngår kredittavtaler med delt formål kan være rettighetssubjekter for frarådingsplikten etter finansavtaleloven § 47.

Selve avgjørelsen av om formålet med en kredittavtale hovedsakelig knytter seg til næringsvirksomhet eller ikke beror på en konkret helhetsvurdering. Det sentrale blir å identifisere hva som utgjør den overveiende del av formålet med kredittavtalen⁷⁸.

Dersom en låntaker for eksempel kjøper en leilighet på fjellet både med tanke på utleie og egen bruk som fritidsbolig, kan for eksempel hyppigheten av utleien og omfanget av egen bruk tenkes å være relevante momenter i vurderingen. En kompliserende faktor i dette henseende er imidlertid at vurderingen formodentlig må knyttes til tidspunktet for inngåelsen av kredittavtalen⁷⁹. På dette tidspunkt kan det tenkes at det ikke var klart verken for låntakeren eller for kredittgiveren hva som kom til å utgjøre hovedformålet med avtalen. Denne problemstilling behandles nærmere under punkt.3.2.2.3.

En annen sak er at partene ofte har rubrisert kundens status gjennom avtaledokumentene. Gode grunner taler for å legge denne informasjonen til grunn, så lenge det ikke dreier seg om omgåelse av forbrukervernreglene ved bevisst å bruke dokumenter som er utformet for næringsdrivende⁸⁰. Her kan nevnes BKN-2010-51 der et ektepar som hadde lånt kr. 1 000 000 til erverv av samtlige aksjer i et renseriselskap

⁷⁵ NOU 2009:11 s. 40 og Prp.65L (2009-2010) s. 45-46

⁷⁶ NOU 2009:11 s. 40

⁷⁷ Pr. 23.4.2012

⁷⁸ Taubøll (2011) s. 19

⁷⁹ Vinje (2005) s. 303

⁸⁰ Vinje (2005) s. 304

med sikte på næringsvirksomhet, likevel ble ansett som forbrukere fordi det var utstedt gjeldsbrev og pantsettelseserklæring for forbrukere.

I relasjon til sistnevnte uttalelse fra nemda kan det nevnes at utgangspunktet ved felles låneopptak mellom nærstående er at hovedsakelighetsvurderingen foretas individuelt for den enkelte. Det skal altså ikke skje noen identifikasjon mellom slike kunder⁸¹. Dette gjelder formodentlig også felles låneopptak mellom andre enn nærstående⁸².

3.2.2.3 Krav til synbarhet?

Som nevnt kan det ofte være problematisk å fastslå om en fysisk person som inngår en kredittavtale med delt formål er forbruker eller ikke. Ettersom frarådingsplikten etter finansavtaleloven § 47 kun gjelder overfor forbrukere, kan det synes lite rimelig at en kredittgiver skal risikere å bli ilagt sanksjoner på grunn av unnlatt fraråding dersom denne verken visste eller burde ha visst at kundens hovedformål med kredittavtalen var av privat karakter. Det kan derfor spørres om frarådingsplikten er betinget av at det er synbart for kredittgiveren at kunden inngår avtalen i egenskap av forbruker.

Selv om finansavtaleloven selv ikke gir svar på spørsmålet, er forarbeidene imidlertid helt klare på at noe slikt krav til synbarhet ikke kan oppstilles⁸³. Det er med andre ord uten betydning at kredittgiveren ikke er kjent med kredittkundens private formål⁸⁴. Dette støttes blant annet av reelle hensyn. Som den profesjonelle part i avtaleforholdet antas kredittgiveren å være sterkere stilt enn forbrukerlåntageren både hva gjelder økonomisk styrke, erfaring på livsområdet, forhandlingsstyrke og innsikt i kontraktsforholdene⁸⁵. Risikoen for å avklare kredittkundens formål med kredittavtalen bør derfor ligge hos kredittgiver. Det vil dessuten virke urimelig dersom kredittkunden

⁸¹ NOU 1994:19 s. 95-96

⁸² Vinje (2005) s. 304

⁸³ NOU 1994:19 s. 96 og NOU 2009:11 s. 35

⁸⁴ NOU 2009:11 s. 35

⁸⁵ NOU 2009:11 s. 35

skal miste sitt vern etter § 47 fordi han ikke har opplyst kredittgiver om sitt private formål⁸⁶.

3.2.3 Særregelen i finansavtaleloven § 2 annet ledd tredje punktum

Frarådingsplikten etter § 47 er som nevnt plassert i finansavtalelovens kapittel 3 og gjelder kun overfor fysiske personer som inngår kredittavtaler hovedsakelig for å oppfylle et privat formål (forbrukere). I lovens § 2 annet ledd tredje punktum finnes imidlertid en særregel som åpner for at bestemmelsene i lovens kapittel 3 er ufravikelig overfor fysiske personer, selv om formålet med kredittavtalen hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet⁸⁷. Forutsetningen er at kreditten er sikret ved pant i et formuesgode som tilhører kredittkunden "uten at godet hovedsakelig er knyttet til kredittkundens næringsvirksomhet".

Spørsmålet blir da om finansavtalelovens forbrukerbegrep også omfatter slike kredittkunder som omtales i § 2 annet ledd tredje punktum, og dermed utvider anvendelsesområdet til § 47.

Ordlyden gir ingen holdepunkter for å gi næringsdrivende fysiske personer status som forbrukere, og spørsmålet synes ikke å være nærmere vurdert i forarbeidene. Usikkerheten ble imidlertid avklart ved Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt.2004 s.156, som gjaldt en kredittavtale der hovedformålet var knyttet til kredittkundens næringsvirksomhet. Kreditten var imidlertid sikret med pant i kundens privatbolig og han mente derfor å være beskyttet av forbrukervernregelen i § 47 under henvisning til § 2 annet ledd tredje punktum. Denne anførselen ble avfeiet av Høyesterett som uttaler at regelen i § 2 annet ledd tredje punktum "ikke [kan] medføre noen utvidelse av anvendelsesområdet for § 47". Selv om konklusjonen ikke er utførlig begrunnet er det tydelig at Høyesterett - i tråd med alminnelig rettskildelære, holder seg til ordlyden i mangel av bærende motstridende argumenter i andre rettskilder. Kredittkunder som

⁸⁶ Se også Taubøll (2011) s. 21

⁸⁷ Ot.prp.nr.41 (1998-1999) s. 21

omfattes av særregelen i § 2 annet ledd tredje punktum anses således ikke som forbrukere, men som næringsdrivende med preseptorisk lovbeskyttelse⁸⁸.

3.3 Pliktsubjekter

Plikten til å fraråde etter § 47 påhviler i hovedsak "kredittgiveren". Begrepet ble innført i forbindelse med implementeringen av forbrukerkredittdirektivet og integreringen av kredittkjøpsloven, og erstattet dermed begrepet "långiver"⁸⁹. Problemstillingen blir så hvilke subjekter som regnes som kredittgiver etter finansavtaleloven § 47.

I § 44a bokstav e) defineres kredittgiver som "en fysisk eller juridisk person som nevnt i eller i forskrift fastsatt i medhold av § 1 første, annet, fjerde, femte eller sjette ledd som gir kreditt til en kredittkunde". Hvilke subjekter som regnes som kredittgivere er således identifisert i § 1 som regulerer finansavtalelovens virkeområde. Etter § 1 første ledd er subjektene angitt som "finansinstitusjoner eller lignende institusjoner".

Begrepet finansinstitusjon er hentet fra finansieringsvirksomhetsloven og defineres der som "selskap, foretak eller annen institusjon som driver finansieringsvirksomhet"⁹⁰.

Hva som anses som lignende institusjoner er positivt opplistet i annet ledd bokstav a) til k), og omfatter blant annet statsbanker, finansmeglerforetak, finansrådgivere og samvirkeforetak. Et finansmeglerforetak som for eksempel tilbyr en forbrukerkunde kreditt med tanke på såkalt gearing, er altså underlagt frarådingsplikt etter § 47.

Også kommuner og fylkeskommuner anses som kredittgiver i relasjon til bestemmelsene i kapittel 3, jf. § 1 fjerde ledd første punktum. En kommune som gir kreditt gjennom husbanken til innbyggere som har vanskeligheter med å etablere seg på boligmarkedet, plikter således å fraråde dersom betingelsene er tilstede.

I relasjon til § 47 finnes det imidlertid en mer omfattende angivelse av pliktsubjekter i § 1 femte ledd første punktum. Her bestemmes det at ved kreditt til forbrukere, skal bestemmelsene i lovens kapittel 3 gjelde "enhver som gir kreditt som ledd i

⁸⁸ Vinje (2005) s. 306

⁸⁹ lovendring av 7. mai 2010 nr. 15

⁹⁰ Lov nr. 40 av 1988 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner §§ 1-3 og 1-2

næringsvirksomhet". Selv om regelen tidligere fulgte av forskrift er den ny i loven og anses å gjennomføre bestemmelsene i direktivets artikkel 3 bokstav b fullt ut⁹¹.

Kravet om at kredittgiveren må opptre i næringsvirksomhet, impliserer at fysiske eller juridiske personer som gir kreditt utenfor næringsvirksomhet ikke kan være pliktsubjekter etter § 47. Verken Banklovkommisjonen eller departementet anså det hensiktsmessig å la kredittgiverbegrepet i finansavtalelovens kapittel 3 omfatte kredittgiving utenfor næringsvirksomhet⁹². Dette begrunnes blant annet med at omfanget av denne typen kredittgiving må antas å være langt mindre enn kreditt som ytes som ledd i næringsvirksomhet, og at slik kredittgiving ofte vil kunne være av en annen karakter enn kreditt som gis som ledd i næringsvirksomhet⁹³.

Banklovkommisjonen bemerker dessuten at de fleste av bestemmelsene i kapittel 3 er særskilt tilpasset kredittgiving i næringsvirksomhet⁹⁴.

Avgrensningen mot kredittgivere som opptre utenfor næringsvirksomhet synes naturlig. Frarådingsplikten skal først og fremst beskytte forbrukere som den presumtivt svakere part, mot uforsvarlig kredittgiving fra profesjonelle aktører som søker å oppnå økonomisk gevinst på kredittgivingen. Det vil derfor virke lite hensiktsmessig å pålegge enhver som gir kreditt på privat basis, for eksempel som en vennetjeneste, en sanksjonert frarådingsplikt. Det har i så fall lite med forbrukervern å gjøre.

Loven gir ingen nærmere angivelse av når kreditten er gitt som ledd i næringsvirksomhet, og forarbeidene gir etter mitt skjønn ingen konkret veiledning for vurderingen⁹⁵. Det er likevel grunn til å tro at vurderingen også her vil dreie seg om hvorvidt kredittgivingen er egnet til å gi et økonomisk overskudd⁹⁶. Denne problemstillingen er imidlertid trolig lite aktuell på grunn av avgrensningene av det saklige virkeområdet for frarådingsplikten, jf. punkt. 3.4 rett under.

⁹¹ Prop.65 L (2009-2010) s. 209

⁹² NOU 2009:11 s.41 og Prp.65 L (2009-2010) s. 55

⁹³ Prop.65 L (2009-2010) s. 55

⁹⁴ NOU 2009:11 s. 41

⁹⁵ Prop.65 L (2009-2010) s. 51

⁹⁶ Se punkt 3.2.2.1

3.4 Frarådingspliktens saklige virkeområde

Finansavtaleloven § 44 første ledd avgrenser som nevnt det saklige virkeområdet til bestemmelsene i lovens kapittel 3 til å gjelde "kredittavtaler". Problemstillingen blir da hvilke kredittavtaler som er objekt for kredittgiveres frarådingsplikt etter § 47.

Kredittavtale er definert i § 44a bokstav a) som "en avtale der en kredittgiver gir en kredittkunde kreditt i form av betalingsutsettelse, lån, kassakreditt eller annen tilsvarende form for kreditt".

I følge forarbeidene omfatter begrepene "betalingsutsettelse", "lån" og "kassakreditt" de fleste former for kredittavtaler, herunder alminnelige nedbetalingslån, rammekreditt og avtaler som tidligere ble omtalt kredittkjøp eller kjøp på avbetaling etter den nå opphevede kredittkjøpsloven § 1⁹⁷. Formuleringen "annen tilsvarende form for kreditt", skal først og fremst sørge for at definisjonen bringes i samsvar med direktivets saklige virkeområde slik det er angitt i artikkel 2 nr. 1, jf. artikkel 3 bokstav c, men også gjøre bestemmelsen utviklingsdyktig ved at nye former for kreditt vil kunne falle innenfor virkeområdet for lovreguleringen etter hvert som de utvikles⁹⁸.

Selv om definisjonen er vidtfavnende avgrenses den imidlertid av unntakene i finansavtaleloven § 44 andre ledd bokstav a) til c) samt fjerde til syvende ledd. Unntakene gjelder i stor grad kredittavtaler hvor behovet for å beskytte kredittkunden er mindre, og hvor hensynet til å spare kredittgivere for arbeid og kostnader dermed kan vektlegges i større grad⁹⁹. Uten å gå nærmere inn på de ulike unntak¹⁰⁰ kan det nevnes at frarådingsplikten ikke gjelder for "kredittavtaler der kreditten er gitt rente- og kostnadsfritt, eller som innebærer en rente- og kostnadsfri henstand med betalingen av en eksisterende forpliktelse" jf. § 44 andre ledd bokstav a). Unntaket må sees i sammenheng med begrepet "kredittgiveren"¹⁰¹ og bestemmelsen i § 1 femte ledd som

⁹⁷ NOU 2009:11 s. 30

⁹⁸ NOU 2009:11 s. 30

⁹⁹ Prop. 65 L (2009-2010) s. 30

¹⁰⁰ Unntakene er drøftet inngående i NOU 2009:11 s. 30-31 og Prop. 65 L (2009-2010) s. 31-35

¹⁰¹ Prop. 65 L (2009-2010) s. 30

setter som vilkår at kreditten er gitt som ledd i næringsvirksomhet, jf. punkt 3.3. Frarådingsplikten gjelder heller ikke for avtaler om faktoring eller avtale om leiefinansiering hvis det ikke er avtalt en plikt for leieren til å bli eier jf. § 44 syvende ledd. I sistnevnte tilfelle er det tale om en ren leieavtale uten element av kredittgiving. Endelig kan nevnes at § 47 ikke gjelder for utdanningslån gitt av Statens lånekasse¹⁰².

4 Nærmere om frarådingspliktens innhold

4.1 Innledning

Den overordnede problemstillingen i dette kapittelet er hva som utløser frarådingsplikten etter § 47. Dette vil bero på en analyse av frarådingspliktens innhold.

Etter § 47 første ledd har kredittgiver en plikt til å fraråde dersom han "må anta at økonomisk evne eller andre forhold på forbrukerens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp kreditten". Etter ordlyden er frarådingsplikten altså basert på en konkret helhetsvurdering, og det er således lite naturlig å inndelegge bestemmelsen i bestemte vilkår.

Slik jeg ser det gir ordlyden i § 47 første ledd likevel grunnlag for tre slutninger som kan danne generelle utgangspunkter for analysen. For det første kan det utledes at frarådingsplikten aktualiseres av visse forhold på forbrukerens side. Dette skal det gjøres nærmere for i punkt 4.2. For det andre er frarådingsplikten betinget av at kredittgiveren "må anta" at det foreligger slike forhold som aktualiserer frarådingsplikten¹⁰³. Dette behandles i punkt 4.3. Endelig har kredittgiveren bare frarådingsplikt dersom de foreliggende forhold tilsier at forbrukeren "alvorlig bør overveie" å avstå fra kredittopptaket. Det siste kan sies å angi terskelen for frarådingsplikten, og behandles i punkt 4.4. Avslutningsvis skal det i punkt 4.5 sies noe om hvilke krav som stilles til utøvelsen av frarådingen.

¹⁰² Forskrift 30.juni 2000 nr. 653 § 3

¹⁰³ NOU 2009:11 s. 63

4.2 Forhold på forbrukerens side

4.2.1 "Økonomisk evne"

Forbrukerens økonomiske evne er positivt angitt som et forhold som kan aktualisere frarådingsplikten etter § 47. Problemstillingen i dette avsnittet blir da hva som skal til for at forbrukerens økonomiske evne gjør frarådingsplikten aktuell.

En naturlig språklig forståelse av begrepet "økonomisk evne" tilsier at frarådingsplikten aktualitet avhenger av forbrukerens likviditet, altså forbrukerens evne til å tilbakebetale kreditten i henhold til de avtalte vilkår. Dette beror først og fremst på en vurdering av kredittens størrelse og avtalte renteforpliktelser sett i forhold til forbrukerens økonomiske situasjon. Med økonomisk situasjon menes her forbrukerens inntekts- og formuesforhold, samt øvrig gjeldsbyrde. Dersom det er et klart misforhold mellom kredittopptaket og forbrukerens økonomiske situasjon vil frarådingsplikten bli aktuell¹⁰⁴. Det sentrale spørsmål er om forbrukerlångtakeren er å anse som kredittverdig eller ikke¹⁰⁵.

Den nærmere vurdering av om forbrukerens kredittverdighet er av en slik karakter at den utløser frarådingsplikt for kredittgiveren må nødvendigvis bli konkret¹⁰⁶. Dette behandles nærmere under i punkt 4.4. Det er imidlertid mulig å oppstille visse veiledende momenter som kan inngå i vurderingen av om forbrukerens økonomiske evne aktualiserer frarådingsplikten.

Som et utgangspunkt kan det sees hen til forarbeidene der det antydes at vurderingen av forbrukerens økonomiske evne er knyttet til spørsmålet om kreditten kan betjenes "på vanlig måte"¹⁰⁷. Med "vanlig måte" må her forstås det å betjene kreditten med egne frie midler, enten det baseres på løpende inntekter eller personlig formue. Dette tilsier at frarådingsplikten kan bli aktuell uavhengig av om forbrukeren stiller betryggende

¹⁰⁴ NOU 1994:19 s. 54

¹⁰⁵ NOU 2009:11 s. 53

¹⁰⁶ Hansen (2005) s. 244

¹⁰⁷ NOU 1994:19 s. 54, se også Hansen (2005) s.244

sikkerhet, for eksempel i form av pant eller kausjon¹⁰⁸. Skal forbrukeren for eksempel stille hele sin bolig som sikkerhet for kreditten, men har et usikkert inntektsgrunnlag og ellers ingen formue, er det ikke usannsynlig at kreditten må innfris ved tvangssalg av boligen. Kreditten vil i så fall ikke betjenes på "vanlig måte" og kredittgivers frarådingsplikt blir aktuell. Betyggende sikkerhet kan derimot tenkes å gjøre frarådingsplikten mindre aktuell dersom forbrukeren fra før av har et godt og sikkert inntektsgrunnlag, og/eller en formue av en viss størrelse.

I tillegg til kredittens størrelse og renteforpliktelser kan også avdragsprofilen inngå i vurderingen. I følge forarbeidene kan frarådingsplikten således bli aktuell, "ikke bare i de tilfellene kredittopptaket er uvanlig stort i forhold til forbrukerens økonomi, men også når nedbetalingsplanen er urealistisk"¹⁰⁹. Dette er antagelig særlig aktuelt ved usikrede forbrukslån med kort nedbetalingstid. Kort nedbetalingstid vil som oftest redusere totalkostnadene ved kredittopptaket og derfor virke fristende for kundene. De månedlige avdragene vil imidlertid være høye, og kombinert med en høy effektiv rente blir faren for mislighold stor. En urealistisk nedbetalingsplan kan således aktualisere frarådingsplikten selv om kredittens størrelse isolert sett ikke er uforsvarlig i forhold til forbrukerens økonomiske situasjon¹¹⁰.

Videre kan veiledning søkes i objektive kriterier som kan si noe om risikoen for at forbrukerlångtakeren får problemer med å betjene kreditten. Det siktes her til såkalte lånegradsfaktorer som gir uttrykk for forholdet mellom kredittens størrelse og forbrukerens samlede årsinntekt. Som eksempel kan nevnes Eidsivating lagmannsretts kjennelse LE-2003-05461. Saken gjaldt et låneopptak mellom to ektefeller til finansiering av felles bolig. Kort tid etter låneopptaket flyttet paret fra hverandre, og lånet ble misligholdt. Etter begjæring om tvangssalg ble huset solgt privat, men salgssummen dekket ikke hele gjelden. Banken avkreivde så den ene ektefellen for restbeløpet, som resulterte i Namsmannens beslutning om lønnstrekk og utleggspant i en bil. Som innvending mot tvangsgrunnlaget ble det anført at banken på tidspunktet for

¹⁰⁸ NOU 1994:19 s. 55

¹⁰⁹ NOU 1994:19 s. 55

¹¹⁰ Taubøll (2011) s.32

inngåelsen av kredittavtalen hadde misligholdt sin frarådingsplikt etter finansavtaleloven § 47. Ved vurderingen av ektefellenes økonomiske evne tok retten utgangspunkt i at lånegradsfaktoren var på 2,85, altså at lånet var 2,85 ganger større enn den samlede husstandsinnkomsten da lånet ble gitt. Selv om Lagmannsretten anså lånegradsfaktoren som høy, var den ikke uforsvarlig. Banken hadde derfor ikke hatt plikt til å fraråde. En vurdering av lånegradsfaktoren ble også gjort i FINKN-2011-29, der en lånegradsfaktor på 4,7 ble ansett som uforsvarlig høy. Her var det imidlertid andre omstendigheter som medførte lemping, blant annet at kreditten ikke hadde blitt tilstrekkelig sikret med pant som forutsatt uten at klager kunne bebreides for dette.

Selv om bruk av lånegradsfaktorer kan være nyttige i vurderingen av forbrukerens økonomiske evne, er det viktig å minne om at disse kun er veiledende. Både lovens ordlyd og forarbeider tilsier at det må foretas en mer konkret vurdering, der også andre momenter vil ha betydning¹¹¹.

For eksempel følger det av forarbeidene at i tillegg til omstendigheter som foreligger på tidspunktet for kredittopptaket, må også "kjente og sannsynlige fremtidige endringer i forbrukerens økonomiske situasjon tas i betraktning"¹¹². Det kan typisk dreie seg om endringer i inntekt, nedbetaling av eksisterende gjeld og endringer av renteforpliktelser¹¹³. Også fremtidige regelendringer som fremstår om sannsynlige kan få betydning¹¹⁴. For eksempel kan varslede endringer i skattereglene, tenkes å påvirke forbrukerens betjeningsevne negativt slik at frarådingsplikten blir aktuell. Det kreves imidlertid at slike endringer utgjør en markert risiko sett fra forbrukerens side for at de skal kunne betraktes som relevante momenter¹¹⁵. Her kan nevnes Finansklagenemndas uttalelse inntatt i FINKN-2011-640, der klager anførte at banken burde ha frarådet henne fra å lånefinansiere kjøp av en obligasjonsleilighet på grunn av endringer i husleieloven som trådte i kraft ca. ett år før kredittutbetalingen. Nemnda kom her til at lovendringen ikke medførte "endringer av en slik art" at banken hadde plikt til å fraråde.

¹¹¹ Hansen (2005) s. 245

¹¹² NOU 1994:19 s. 55

¹¹³ NOU 2007:5 s. 57

¹¹⁴ NOU 1994:19 s. 55

¹¹⁵ NOU 1994:19 s. 55

Bankklagenemndas uttalelse i BKN-2003-108 belyser flere faktorer som kan være relevante i vurderingen av forbrukerens fremtidige økonomiske situasjon. I saken var det tatt opp flere lån på til sammen ca. kr. 1 600 000 som skulle finansiere oppussing av klagerens barndomshjem. Klageren hadde på lånetidspunktet en 70 % vikarstilling med en årlig inntekt på kr. 130 000, som ikke var tilstrekkelig til å betjene lånet. Banken anførte imidlertid at klageren hadde muligheter til å øke sine inntekter, slik at betjeningsevnen ville bli akseptabel i fremtiden. Bankklagenemnda foretok derfor en konkret vurdering av klagerens fremtidige inntektsmuligheter, der blant annet klagerens alder ble trukket frem som et relevant moment. Klageren var på lånetidspunktet 49 år gammel, noe som formodentlig reduserte hans attraktivitet på jobbmarkedet. Det ble også lagt vekt på at klager hadde forsørgeransvar for et barn slik at hans tid til å jobbe ekstra var begrenset, samt at lånets løpetid på 25 år ville medføre at klager måtte betjene lånet også etter oppnådd pensjonsalder. Det var dessuten knyttet betydelig usikkerhet til om klagerens planer om å leie ut deler av huset ville kunne bedre betjeningsevnen i tilstrekkelig grad. Nemndas flertall antok at banken måtte være kjent med de aktuelle forhold og fant derfor at frarådingsplikten var misligholdt. Gjelden ble imidlertid ikke lempet.

Et annet eksempel på fremtidige forhold som kan påvirke forbrukerens økonomisk evne er forventet økning av felleskostnader ved lånefinansierte innskudd i borettslag. Dette har vært tema i flere av Nemndas uttalelser, blant annet i BKN-2008-44. Saken gjaldt et studentpar som fikk innvilget førstehjemslån på til sammen kr. 602 500 til kjøp av borettslagsleilighet. Deres andel av fellesgjelden var på kr. 2 160 000. Ved sin vurdering av klagernes økonomiske evne hadde banken tatt høyde for at paret ville klare en 3 prosents renteøkning på førstehjemslånene, noe de fant akseptabelt. Beregningen omfattet imidlertid verken fellesgjeld eller studiegjeld, og da markedsrenten senere steg fikk klagerne vanskeligheter med å betale de økte felleskostnadene. Bankklagenemnda uttalte til dette at banken burde ha avdekket at paret ved sitt innskudd i borettslaget ville få en total gjeldsbyrde på over kr. 2,8 millioner, som de ikke hadde noen realistisk mulighet til å betjene. Frarådingsplikten etter § 47 var derfor misligholdt. Nemnda lempet gjelden fullt ut.

Det er grunn til å presisere at det er en grunnleggende forutsetning for at frarådingsplikten skal bli aktuell etter alternativet "økonomisk evne", at kreditten faktisk svekker forbrukerens likviditet. Følgelig vil refinansiering av eldre gjeld ikke nødvendigvis aktualisere frarådingsplikten, selv om det er klart at forbrukerens økonomiske evne er svak. I visse tilfeller vil en refinansiering til og med bedre likviditeten, og fraråding er i slike tilfeller uaktuelt, jf. for eksempel BKN-2010-15.

4.2.2 "Andre forhold".

Ut i fra lovens formål, forarbeider og foreliggende praksis må det være klart at det er forbrukerens økonomiske evne som er kjerneområdet for frarådingsplikten¹¹⁶. Det er imidlertid angitt at også "andre forhold" på forbrukerens side kan tilsi at denne bør avstå fra kredittopptaket. Problemstillingen blir således hvilke andre forhold enn sviktende kredittverdighet som kan aktualisere frarådingsplikten.

Etter ordlyden kan det ikke utledes noen uttrykkelige begrensninger med hensyn til hva som kan utgjøre "andre forhold". Sett i lys av konteksten og formålet med bestemmelsen er det likevel grunn til å tro at begrepet i stor grad relaterer seg til forhold som på en eller annen måte knytter seg til forbrukerens økonomiske situasjon.

Forarbeidene er forholdvis knappe hva gjelder den nærmere forståelsen av begrepet, men nevner likevel som eksempel på et relevant forhold at en kredittgiver i forbindelse med finansiering av kjøp av leilighet oppdager at kunden er i ferd med å betale betydelig over markedspris¹¹⁷. Eksemplet bygger på en fransk høyesterettsdom der et ektepar fikk lempet sin gjeldsbyrde blant annet fordi kreditgiveren ble antatt å ha hatt kjennskap til misforholdet mellom pantelånet og boligens verdi uten å informere om dette¹¹⁸. Forarbeidene åpner med dette for et omfattende frarådingsansvar. Hagstrøm bemerker at forarbeidenes bruk av den franske dom på dette punkt er nokså dristig, og at frarådingsplikten etter § 47 derfor har fått en ganske annen rekkevidde enn de franske

¹¹⁶ Se også Hveem (2009) s. 246.

¹¹⁷ NOU 1994:19 s. 55

¹¹⁸ Recueil Dalloz Sirey 1993 IR 80, og NOU 1994:19 s. 55

regler¹¹⁹. Eksemplet kan likevel neppe strekkes så langt at kredittgiver er forpliktet til å ta i betraktning omstendigheter denne ikke kan forventes å ha faglige forutsetninger for å vurdere, slik som f.eks. bygningstekniske forhold i en bolig¹²⁰.

For øvrig synes det nevnte eksemplet noe upraktisk ettersom prisen på boliger i dag som oftest blir avgjort gjennom budrunder der resultatet kan ende langt over meglers prisantydning. Det er således vanskelig - også for en kredittgiver, å vite noe om hva som er markedspris¹²¹. Budgivere har dessuten normalt avklart eventuell lånefinansiering på forhånd gjennom såkalte finansieringsbevis med en maksimal kredittgrense. Fraråding på grunn av at prisen blir høyere enn forventet er derfor trolig mest aktuelt i tilfeller der lojalitetshensyn gjør seg gjeldende¹²².

I den forbindelse kan BKN-2009-40 nevnes som eksempel. Saken gjaldt et samboerpar som tok opp lån på kr. 680 000 til kjøp av en borettslagsleilighet med andel av fellesgjeld på kr. 1 553 000. Lånet ble senere forhøyet til kr. 8700 000 til finansiering av ekstra tilvalg i leiligheten samt parkeringsplass. Banken hadde tidligere finansiert parets kjøp av en leilighet med et lån på kr. 1 010 000, som var solgt med tap. Restgjelden ble refinansiert ved kjøpet av den nye borettslagsleiligheten, og utgjorde således en del av det totale lånet. I sin vurdering av frarådingsplikten tok Bankklagenemnda utgangspunkt i at paret hadde ønsket å bytte bolig med tanke på å forbedre sin økonomi, og at banken isolert sett ikke kunne kritiseres for å ha medvirket til dette bytte. På bakgrunn av tapet på den første leiligheten og parets ønske om en forbedret økonomi, fant Bankklagenemnda imidlertid at banken burde ha opptrådt mer aktivt for å hindre at klagerne lånefinansierte påkostninger på leiligheten og dermed pådro seg en ytterligere gjeldsbelastning. Bankklagenemnda uttalte i den forbindelse at "banken har opptrådt kritikkverdig ved ikke å fraråde klagerne å involvere seg i for dyre boligprosjekter". Banken ble derfor anset for å ha misligholdt sin frarådingsplikt. Nemnda fant det rimelig at lånet ble lempet med kr. 95 000. Selv om nemnda ikke uttaler det eksplisitt

¹¹⁹ Hagstrøm (2011) s. 180

¹²⁰ Se også Hansen (2005) s. 247

¹²¹ Se også Hveem (2009) s. 248

¹²² Hveem (2009) s. 248

kan det antas at resultatet er influert av alminnelige lojalitetskrav som gjør seg særlig gjeldende overfor forbrukerlåntakere. Det er imidlertid ikke tvilsomt at uttalelsen strekker frarådingsansvaret etter § 47 langt.

Som et annet eksempel på "andre forhold" peker forarbeidene på kredittformålet¹²³. Frarådingsplikten kan følgelig aktualiseres dersom formålet med kreditten tilsier at forbrukeren bør avstå fra å ta opp kreditten.

En vurdering av kredittformålet kan være særlig aktuelt ved kjøp av varer eller tjenester med tilknyttet kredittavtale (kredittkjøp). Forutsetningen er her at selger selv finansierer forbrukerens kreditt, eller at selger og kredittgiver er knyttet til hverandre på en måte som utgjør en "kommersiell enhet", jf. finansavtaleloven § 44a bokstav m. Aktualiteten må sees i sammenheng med den generelle kjøpslovgivingen hvorefter en vare eller tjeneste kan være mangelfull dersom den ikke passer til kjøperens bestemte formål eller behov, som selgeren var klar over ved avtaleinngåelsen¹²⁴. Dersom kjøpesummen i et forbrukerkjøp skal finansieres ved kredittopptak og varen eller tjenesten ikke er egnet til å dekke forbrukerens bestemte formål eller behov, vil også kredittavtalen kunne tenkes å ligge utenfor forbrukerens behov. I den grad forbrukeren har adgang til å heve kjøpsavtalen på grunn av feilslått formål, bør derfor også kredittavtalen kunne heves på dette grunnlag¹²⁵.

Ved kredittkjøp tilsier således den nære tilknytningen til kjøpsgjenstanden at frarådingsplikten etter § 47 aktualiseres dersom selger er kjent med at kjøpsgjenstanden ikke er egnet til å oppfylle et bestemt formål eller behov¹²⁶. Som eksempel nevner forarbeidene at en dørselger som må forstå at støvsugeren som skal selges er for stor og tung for at en eldre eller ufør person kan løfte den fra en etasje til en annen i sin bolig, bør fraråde kjøpet og dermed også en eventuell tilknyttet kredittavtale. Tilsvarende vil gjelde dersom kjøpsgjenstanden har en kapasitet og en pris langt utover det som en

¹²³ NOU 2009:11 s. 63

¹²⁴ Se for eksempel lov nr. 34 av 2002 om forbrukerkjøp § 15 annet ledd bokstav c, jf. § 16.

¹²⁵ NOU 2007:5 s. 58

¹²⁶ NOU 2007:5 s. 58

konkret forbruker ut fra sine individuelle behov trenger, og som selger må kjenne til¹²⁷. Det siste gir frarådingsplikten et bredt nedslagsfelt.

Ut i fra det som er sagt om kredittformålet så langt synes det som om kredittgiver i stor utstrekning er pålagt å vurdere hvorvidt formålet med kreditten lar seg forsvare overfor forbrukeren. I forlengelsen av dette kan det derfor spørres om frarådingsplikten også aktualiseres der formålet med kreditten er å investere i finansielle instrumenter som er utsatt for svingningene i markedet og dermed innebærer en risiko for tap.

I den grad det er tale om investering direkte i markedet for eksempel gjennom kjøp av aksjer, må det være klart at fraråding kan bli aktuelt dersom forbrukeren ut i fra en vurdering av hans økonomiske evne ikke vil tåle å tape pengene, jf. punkt 4.2.1. Det kan i denne sammenheng vises til dom inntatt i RG-2008-1508 som gjaldt kredittopptak til finansiering av spekulasjon i såkalt dekket short-salg. Forbrukeren fikk her medhold i sin anførsel om at banken hadde misligholdt sin frarådingsplikt etter § 47. På generelt grunnlag utalte retten at bestemmelsen § 47 skal sikre at forbrukere ikke ”eksponerer seg for større risiko enn de har økonomisk evne til å bære”. Spørsmålet kan imidlertid stille seg annerledes der formålet med kreditten er å investere i såkalte sammensatte spareprodukter.

Helt enkelt sagt er de sammensatte spareproduktene investeringsprodukter som består av en innskudds- eller obligasjonsdel og et derivatelement. Innskuddet eller obligasjonen danner grunnlaget for en garantert avkastning for investoren, mens derivatdelen skal generere avkastning utover det garanterte beløpet¹²⁸. Spareproduktene er ment å gi investoren mulighet til å få noe av aksjemarkedets avkastning, samtidig som man har en forsikring mot å tape alle pengene, en risiko man ellers har ved direkte investering i aksjer eller aksjefond¹²⁹. I de senere år har mange finansinstitusjoner anbefalt å lånefinansiere slike investeringer fordi den "sikre" delen av produktet garanterer dekning av hovedstolen, mens avkastningen av derivatdelen kan betjene

¹²⁷ NOU 2007:5 s. 59

¹²⁸ Kredittilsynet (2008) pkt. 1.0

¹²⁹ Se innledningen i lagmannsrettens dom i den såkalte "Røeggen-saken" - LB-2010-176553

renter og gebyrer og samtidig gi en gevinst. Dette har naturlig nok fristet mange forbrukere. Forutsetningen for gevinst er imidlertid at avkastningen overstiger rentekostnadene. Er avkastningen mindre enn rentekostnadene er man dessuten utsatt for en betydelig tapsrisiko¹³⁰. Tunge fagmiljøer innen finans har derfor undersøkt produktene nærmere og dokumentert at lånefinansiering av slike sammensatte produkter gjennomgående er en svært dårlig investering vurdert ut i fra forholdene på avtaletidspunktet. Ikke sjelden må avkastningen også forventes å være negativ¹³¹. Problemstillingen som da oppstår er hvorvidt produktets sviktende avkastningsevne utgjør et relevant forhold etter § 47.

Finansklagenemnda har mottatt svært mange klager vedrørende tap på investeringer i sammensatte spareprodukter¹³². Av disse er så vidt jeg kan se kun en begrenset til bare å gjelde spørsmålet om kredittgivers frarådingsplikt etter § 47. De øvrige dreier seg i hovedsak om mangelfull investeringsrådgivning og spørsmål om ugyldighet. Alle klagene er imidlertid stanset i påvente av en endelig avgjørelse i den såkalte "Røeggen-saken"¹³³, som antas å ha stor betydning både for forbrukernes krav på erstatning og lemping etter § 47¹³⁴. "Røeggen-saken" er foreløpig avgjort av Borgarting lagmannsrett men er ikke rettskraftig ettersom anken pr. i dag venter på å slippe inn til behandling i Høyesterett. Det vil føre for langt her å redegjøre nærmere for det konkrete sakskomplekset, men det som er relevant i relasjon til frarådingsplikten er at § 47 er anført som støtteargument for påstanden om ugyldighet etter avtaleloven § 36. I sin dom kommenterer lagmannsretten anførselen om unnlatt fraråding slik;

"Røeggen ble fullt informert om vilkårene for lånet, som han godtok, og om at indeksene måtte stige over et visst nivå (»break even») før hans investering ville begynne å gå i pluss. Han var også klar over at han risikerte å tape rentekostnadene, slik det framgikk av prospektet. Røeggen hadde økonomi til å

¹³⁰ Kredittilsynet (2008) pkt. 3.0

¹³¹ Hveem (2009) s. 248 og 249

¹³² Pr. 31.12.2011 hadde nemnda mottatt totalt 2030 klager – Finansklagenemnda (2011) s. 5

¹³³ LB-2010-176533

¹³⁴ Jf. Finansklagenemndas saksbehandlingsregler pkt. 6

bære lånekostnadene. Etter lagmannsrettens syn var det ingen grunn for banken til å fraråde ham å ta opp lån etter finansavtaleloven § 47".

Uttalelsen synes å gi uttrykk for at frarådingsplikts aktualitet ved lånefinansiering av sammensatte spareprodukter i stor grad avhenger av den informasjon forbrukeren har fått om produktet på forhånd. Lagmannsretten går imidlertid ikke nærmere inn i noen rettslig drøftelse av hvorvidt svikt i forventet avkastning kan utgjøre et relevant forhold etter § 47. Spørsmålet må derfor sies å stå foreløpig ubesvart av domstolene. Det gjenstår å se om Høyesterett, hvis de tar saken inn, vil kommentere bestemmelsen nærmere.

Enn så lenge kan det vises til Hagstrøm som hevder at "dersom institusjonen tilbyr formidling av et finansielt produkt og det er knyttet usikkerhet til om produktet vil gi tilstrekkelig avkastning til å bære lånefinansieringen, vil § 47 slå direkte inn"¹³⁵. Dette støttes også av Hveem¹³⁶. Ytterligere støtte for synspunktet kan utledes av merknadene til § 13-19 om krav til kundebehandling i NOU 2011:8B om ny finanslovgivning. Banklovkommisjonen diskuterer her hvorvidt bestemmelsen også bør omfatte en frarådingsplikt ved markedsføringen av spare- og kapitalprodukter. I denne forbindelse uttaler kommisjonen at "for produkter som også omfatter låneforpliktelser, vil i alle tilfelle finansavtalelovens regler om frarådingsplikt komme til anvendelse"¹³⁷. Ut i fra disse kildene må det således kunne legges til grunn at sviktende avkastning av et sammensatt spareprodukt vil kunne utgjøre et relevant forhold etter § 47.

Den nærmere vurderingen av om et slikt forhold utløser frarådingsplikt vil naturligvis bero på en konkret vurdering. Et springende punkt vil her trolig være hvorvidt kredittgiveren har skapt en forventning hos forbrukeren om at avkastningen er nærmest garantert, og videre har kjent til at produktet - ut i fra en anerkjent beregningsmetode på avtaletidspunktet - ikke vil svare til forbrukerens forventninger. Her kan det for øvrig oppstå identifikasjonsspørsmål i tilfeller der tilknytningen mellom selger av produktet

¹³⁵ Hagstrøm (2010) s. 1

¹³⁶ Hveem (2009) s. 248 og 249

¹³⁷ NOU 2011:8B s. 867

og kredittgiver er uklar¹³⁸. Reelle hensyn taler imidlertid for at en kredittgiver ikke kan omgå frarådingsplikten ved å overlate salget av slike usikre produkter til eksterne selgere¹³⁹.

Etter implementeringen av de såkalte MiFID-reglene i 2007, er investering i sammensatte spareprodukter antagelig mindre aktuelt på grunn av de omfattende plikter som finansinstitusjonene er pålagt med hensyn til informasjon om risiko og vurdering av kundenes egnethet¹⁴⁰. Til tross for at reglene skal beskytte forbrukere mot å kjøpe produkter hvor risikoelementene er vanskelige å forstå, innebærer de likevel ikke noe forbud mot salg så lenge forbrukeren får all den informasjon han har krav på. I den grad forbrukeren med åpne øyne ønsker å investere i slike produkter kan det derfor tenkes at forbrukeren i tillegg må frarådes etter § 47 dersom investeringen skal lånefinansieres¹⁴¹. I denne forbindelse kan det vises til dissenterende dommer Endresens merknader i den såkalte "Longvik-saken"¹⁴², der han uttaler at bestemmelsen i § 47 "understreker (...) at det å fraråde et lån kan være en nødvendig del av rådgivningen overfor kunden". Så vidt jeg kan se kommenterer ikke flertallet § 47 i det hele tatt.

Selv om kredittgiver etter det ovennevnt har en plikt til å vurdere hvorvidt formålet med kreditten lar seg oppfylle, taler reelle hensyn for det må være visse grenser for hvor langt kredittgiver plikter å beskytte forbrukeren mot seg selv¹⁴³. I følge Hagstrøm kan det neppe være lovgivers mening at bestemmelsen i § 47 pålegger kredittgivere en helt generell rådgivningsplikt i privatøkonomiske forhold¹⁴⁴. Her kan også nevnes FINKN-2011-640 der nemnda på generelt grunnlag uttaler at utgangspunktet må være at "den som kjøper et objekt, selv må ha ansvaret for å sette seg inn i hva det er man kjøper". En kredittgiver er eksempelvis neppe forpliktet til å fraråde en forbruker med solid

¹³⁸ Jf. TOSLO-2010-50925

¹³⁹ Se mindretallets vurdering i TOSLO-2010-50925

¹⁴⁰ Se verdipapirforskriften kapittel 10

¹⁴¹ Se også Hveem (2009) s. 246 og 247

¹⁴² Rt.2012 s.355

¹⁴³ Se også Hansen (2005) s. 246.

¹⁴⁴ Hagstrøm (2010) s. 1 og Hagstrøm (2011) s. 180

betjeningsevne å oppta kreditt til kjøp en luksusbil fordi den statistisk sett faller raskt i verdi.

Dette kan imidlertid stille seg annerledes dersom forbrukeren mangler personlige forutsetninger for å vurdere konsekvensene av sine valg¹⁴⁵. Hvis forbrukeren for eksempel har en psykisk lidelse kan dette trolig utgjøre et relevant forhold etter § 47. En forutsetning må imidlertid være at sykdommen fremstår som synbar for kredittgiveren før utbetaling av kreditten, jf. punkt 4.3. Dette fremgår blant annet av Bankklagenemdas uttalelser i BKN-2009-10 og FINKN-2011-420, der klagerne anførte henholdsvis spiseforstyrrelser og spilleavhengighet som grunnlag for frarådingsplikt. I begge sakene var kredittgiverne ukjent med klagernes psykiske lidelser og frarådingsplikten var derfor ikke misligholdt.

Psykisk sykdom som grunnlag for frarådingsplikt var også tema i BKN-2010-142 som gjaldt et låneopptak på til sammen kr. 680 000 til finansiering av kjøp av tre kjøretøy, blant annet en bil. Klagerens økonomiske evne var god og overfor banken hadde klageren fremstått som frisk med normal adferd. I forkant av låneutbetalingene hadde klagers mor imidlertid henvendt seg til banken og fortalt at klager var syk, muligens med bipolar lidelse. Lånet ble likevel utbetalt uten videre. Spørsmålet var så om opplysningene fra moren aktualiserte bankens frarådingsplikt etter § 47. I sin vurdering la Bankklagenemda vekt på at formålet med låneopptakene var å finansiere innkjøp av kjøretøy. Klager hadde gitt banken en plausibel forklaring på investeringen og finansieringsbehovet. Banken hadde for øvrig ingen andre indikasjoner på klagers sykdom. Ut i fra de foreliggende omstendigheter kom nemnda til at banken ikke hadde plikt til å legge avgjørende vekt på opplysningene fra moren.

Slik jeg forstår uttalelsen har kredittgiver tilsynelatende ingen plikt til å undersøke forbrukerens evne til å forstå konsekvensene av sine handlinger utover det inntrykket forbrukeren gir av seg selv. Dette gjelder også der det foreligger opplysninger som antyder at forbrukeren har en psykisk lidelse. Det kan imidlertid tenkes at kredittgivers

¹⁴⁵ Hansen (2005) s. 246

undersøkelsesplikt i dette henseende er noe skjerpet ved innføringen av § 46b, jf. punkt 4.3.

En annen sak er at fraråding i slike saker ikke nødvendigvis gir forbrukeren den beskyttelse han trenger. Dersom banken faktisk er kjent med at forbrukeren ikke er i stand til å forstå konsekvensene av kredittavtalen, synes derfor avslag som et bedre alternativ. Ved innvilgelse av kreditt uten fraråding i en slik situasjon vil nok dessuten avtalerettens ugyldighetsregler være et mer egnet angrepsmiddel. Dette illustreres av BKN-2004-66 som gjaldt kausjon stillet av en person som ble ansett for å være lettere/moderat mentalt retardert. Klagerens mentale tilstand ble ansett for å ha vært synbar for banken. Selv om nemnda ga uttrykk for at dette forhold aktualiserte bankens frarådingsplikt etter § 60 (2), ble kausjonsavtalen i stedet satt til side i medhold av avtalelovens § 36. Uttalelsen gir imidlertid grunnlag for den slutning at forbrukerens mentale tilstand kan utgjøre et relevant forhold også etter § 47¹⁴⁶.

Oppsummert må det være klart at både lovens ordlyd og forarbeider åpner for et omfattende frarådingsansvar basert på "andre forhold" på forbrukerens side¹⁴⁷. På grunn av den fragmenterte praksis som foreligger er det imidlertid noe vanskelig å trekke generelle konklusjoner om hvor grensene går for hvilke forhold som er relevante. Vurderingen må under enhver omstendighet gjøres konkret.¹⁴⁸

4.3 "Må anta" – krav til kredittgivers kunnskap

Frarådingsplikten er som nevnt betinget av at kredittgiver "må anta" at det foreligger slike forhold på forbrukerens side som det er redegjort for over i punkt 4.2.1.

Formuleringen impliserer at frarådingsplikten kun inntreffer dersom kredittgiver har en viss kunnskap om de aktuelle forhold. Problemstillingen her blir således hvilke krav som stilles til det informasjonsgrunnlag kredittgiveren baserer sine antagelser på, herunder hva man kan forvente at kredittgiver har kunnskap om.

¹⁴⁶ Hansen (2005) 246-247.

¹⁴⁷ Hansen (2005) 246

¹⁴⁸ Se også Taubøll s. 39

Begrepet "må anta" henspiller på de aktsomhetsnormer som oppstilles som grunnlag for erstatning både i og utenfor kontraktsforhold¹⁴⁹. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier således at kredittgiver plikter å utvise aktsomhet med hensyn til hvilke opplysninger som danner grunnlaget for vurderingen etter § 47. Ordlyden tilsier imidlertid også at frarådingsplikten er basert på et strengere aktsomhetskrav enn vanlig. Kredittgiver har følgelig ingen frarådingsplikt på grunnlag av at denne burde forstå at det foreligger forhold på forbrukerens side som aktualiserer frarådingsplikten¹⁵⁰. Det kreves noe mer. For eksempel kan kravene til kredittgivers selvstendige undersøkelser neppe være like strenge som ved krav til vanlig aktsomhet. Forarbeidene gir da også uttrykk for at § 47 isolert sett ikke pålegger kredittgiver aktivt å innhente opplysninger for å undersøke om forbrukeren har økonomi til å klare å betjene lånet¹⁵¹. På den annen side kan kredittgiver ikke gjøre gjeldende at han var ukjent med forhold som aktualiserer frarådingsplikten bare fordi forbrukeren ikke har opplyst om dette på eget initiativ¹⁵². Aktsomhetsnormen har således vært formulert som en plikt til å foreta en "forsvarlig kredittvurdering"¹⁵³.

Hva som utgjør en forsvarlig kredittvurdering må avgjøres konkret. Den nye § 46b i finansavtaleloven oppstiller imidlertid visse krav til kredittvurderinger generelt¹⁵⁴, og har derfor trolig stor betydning for kredittgivers aktsomhetsplikt etter § 47.

Finansavtaleloven § 46b ble vedtatt i forbindelse med implementeringen av forbrukerkredittdirektivet i 2010, og anses å gjennomføre direktivets artikkel 8. Etter bestemmelsens første ledd skal kredittgiver før kredittavtale inngås, "vurdere forbrukerens kredittverdighet på grunnlag av fyllestgjørende opplysninger innhentet hos forbrukeren og om nødvendig fra relevant database". I følge forarbeidene vil det

¹⁴⁹ NOU 2007:5 s. 53

¹⁵⁰ NOU 2007:5 s. 51

¹⁵¹ NOU 1994:19 s.55

¹⁵² Se også Hveem (2009) s. 245

¹⁵³ Ot.prp.nr.22 (2007-2008) s. 40

¹⁵⁴ Prop.65L (2009-2010) s. 89

normalt være opplysningene fra denne kredittvurderingen som utgjør grunnlaget for frarådingsplikt etter § 47¹⁵⁵.

Begrepet "innhentet" antyder at kredittgiver har en plikt til å opptre aktivt med hensyn til å fastlegge informasjonsgrunnlaget for kredittvurderingen. Dette kan tale for at kravene til kredittgivers aktsomhet er noe skjerpet i forhold til den aktsomhetsnorm som kan utledes av § 47¹⁵⁶. Det er likevel ikke tale om noen omfattende aktivitetsplikt, og i praksis kommer opplysningene frem gjennom fysiske møter med forbrukeren eller ved forbrukerens utfylling av standardiserte søknadskjema. I følge forarbeidene blir innhentingsplikten derfor bare aktuell i den grad forbrukeren ikke selv gir fyllestgjørende opplysninger, for eksempel ved ufullstendig utfylling av søknadsskjema¹⁵⁷. Kredittgiver bærer uansett risikoen for at opplysningene er fyllestgjørende.

En tolkning av ordlyden gir ikke holdepunkter for å si noe om hvor stort omfang opplysningene må ha for å være fyllestgjørende. Kravet til "fyllestgjørende opplysninger" må imidlertid sees i lys av hvilket formål kredittvurderingen skal tjene. I relasjon til § 47 må opplysningene dermed kunne si noe om "økonomisk evne" eller "andre forhold" på forbrukerens side for å være fyllestgjørende¹⁵⁸. Begrepet er dessuten relativt, og vil således være avhengig av de individuelle omstendighetene i saken. Forarbeidene gir for eksempel uttrykk for at vurderingen særlig vil bero på kredittens størrelse¹⁵⁹. Er kreditten stor gir dette kredittgiver grunn til å utvise større aktsomhet ved å sørge for et bredere informasjonsgrunnlag enn der kreditten er liten.

De fleste kredittgivere vil for øvrig ha en klar egeninteresse i at kredittvurderingen baseres på et solid informasjonsgrunnlag, og går derfor ofte langt i å innhente opplysninger hos forbrukeren. Her gjelder det imidlertid en begrensning ved at krav om

¹⁵⁵ NOU 2009:11 s. 63

¹⁵⁶ Sammenlign mindretallet i NOU 1994:19 på side 55

¹⁵⁷ NOU 2009:11 s. 58-59

¹⁵⁸ NOU 2009:11 s. 59, se også Taubøll s. 28

¹⁵⁹ NOU 2009:11 s. 58

opplysninger forutsetter et saklig behov¹⁶⁰. Kredittgiver kan følgelig ikke pålegge forbrukere å gi opplysninger eller dokumentere forhold som ikke har betydning for kredittvurderingen. Hvorvidt det foreligger et saklig behov beror på en konkret vurdering. Likevel kan det neppe være tvilsomt at innhenting av opplysninger knyttet til inntekts- og formuesforhold generelt må anses som saklig begrunnet. Annerledes kan det stille seg med opplysninger av mer personlig karakter slik som arbeidsledighet, skilsmisse og sykdom¹⁶¹. For å sikre at forbrukerens betjeningsevne blir kartlagt i tilstrekkelig grad, har kredittgivere en viss skjønnsmargin med hensyn til hvilke opplysninger som er nødvendige¹⁶². Om hvilke forhold som typisk kan gi et saklig behov for opplysninger etter § 47 vises det til punkt. 4.2.

I forlengelsen av spørsmålet om hva som utgjør "fyllestgjørende opplysninger" kan det nevnes at Finanstilsynet i sine retningslinjer for forsvarlig utlånspraksis til boligformål¹⁶³, har søkt å sikre en lik praksis blant kredittgiverne ved å angi konkrete opplysninger som bør innhentes. I retningslinjene punkt.1 sies det således at banker må ha sikker informasjon om forbrukerens inntekt og samlede gjeld, "normalt ved innhenting av ligningsdata og data om løpende lønns- eller annen inntekt, og om den bolig som eventuelt skal belånes med pant, basert på en forsvarlig verdivurdering". Det er grunn til å anta at ligningsdata, og da hovedsakelig forbrukerens selvangivelse, vil være den sentrale opplysningskilde også der kredittformålet ikke er boligkjøp¹⁶⁴.

Videre kan det spørres om kredittgiver kan benytte taushetsbelagte opplysninger som momenter i kredittvurderingen. Forarbeidene nevner i denne sammenheng som eksempel at kredittgiver også er bankforbindelse til forbrukerens arbeidsgiver, og i denne egenskap kjenner til at bedriften snart vil bli slått konkurs eller at arbeidsstokken vil bli sagt opp¹⁶⁵. Dersom frarådingsplikten ikke kan oppfylles uten at taushetsplikten

¹⁶⁰ NOU 2009:11 s. 59

¹⁶¹ NOU 2009:11 s. 59, som viser til uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling datert 27.9.2006

¹⁶² NOU 2009:11 s. 59

¹⁶³ Finanstilsynet 2011

¹⁶⁴ Se også Prop.65L (2009-2010) s. 90

¹⁶⁵ NOU 1994:19 s. 55

brytes, må kredittgiver enten innhente samtykke fra den som er beskyttet, eller avstå fra å yte kreditt¹⁶⁶.

Etter det som er sagt hittil synes innhenting av fyllestgjørende opplysninger etter § 46b å bestå i et samspill mellom kredittgiver og forbruker. Kredittgiver må som utgangspunkt stille de nødvendige og relevante spørsmålene som skal til for å kartlegge forbrukerens kredittverdighet, mens forbrukeren må oppgi relevant og riktig informasjon¹⁶⁷. Dersom forbrukeren bevisst gir uriktige opplysninger eller tilbakeholder relevant informasjon, må han som utgangspunkt selv bære risikoen for at kredittgiver legger dette til grunn i sin vurdering etter § 47¹⁶⁸.

Til tross for at kredittgiver i utgangspunktet må kunne bygge på opplysninger forbrukeren selv har gitt, kan denne likevel ikke basere kredittvurderingen på opplysninger som er klart mangelfulle eller åpenbart urealistiske¹⁶⁹. Dette kommer til uttrykk i Bankklagenemndas uttalelse i BKN-2003-97 som gjaldt et samboerpar som til sammen hadde tatt opp lån på kr. 1,8 millioner til finansiering av boligkjøp og diverse forbruk. Paret hadde forut for innvilgelsen opplyst banken om at de forventet en betydelig inntektsøkning og dermed så lyst på sin økonomiske fremtid. Da forventningen senere ikke ble innfridd, anklaget paret banken for å ha vært uaktsomme i sin kredittvurdering. Til dette uttalte Bankklagenemnda at forbrukerne selv måtte bære risikoen for riktigheten av egne opplysninger, og konkluderte med at banken ikke hadde hatt plikt til å fraråde i gjeldende tilfelle. Bankklagenemnda fremhever likevel på generelt grunnlag at kredittgiver "ikke kan legge til grunn åpenbart urealistiske forventninger om fremtidig inntekt uten å risikere å komme i ansvar".

Et annet eksempel finnes i BKN-2002-24 som gjaldt en kredittavtale vedrørende kredittkort med kredittramme på kr. 50 000. Klager var uføretrygd med en lav årlig inntekt, og hadde i tillegg et lån i husbanken på kr. 420 000. I relasjon til vurderingen

¹⁶⁶ NOU 1994:19 s. 55, se også Hveem (2009) s. 246

¹⁶⁷ NOU 2009:11 s. 59

¹⁶⁸ NOU 2009:11 s. 59

¹⁶⁹ NOU 2009: 11 s. 59 og Hveem (2009) s. 245

av økonomisk evne anførte banken at det måtte legges vekt på klagers egne opplysninger om en mulig fremtidig ikke-ubetydelig ekstrainntekt fra programmeringsvirksomhet i Ukraina. Nemnda fant imidlertid at den mulige ekstrainntekten fremsto som "temmelig løst fundert", og anså det som kritikkverdig at banken hadde lagt opplysningene til grunn for sin kredittvurdering. Konklusjonen ble derfor at frarådingsplikten var misligholdt.

I tillegg til opplysningene som innhentes fra forbrukeren selv, kan kredittgiver som nevnt innledningsvis også innhente opplysninger fra "relevant database". I forarbeidene er dette definert som;

"[D]atabaser som med eller uten vederlagsplikt er tilgjengelige for kredittgivere som søker å innhente opplysninger om forbrukerens økonomiske evne, herunder betalingsanmerkninger, for eksempel kredittopplysningsbyråers registre over ligningsopplysninger og betalingsanmerkninger"

Kredittgiver plikter bare å undersøke relevante databaser dersom dette anses som "nødvendig". Nødvendighetskravet kan tolkes slik at det bare er dersom fyllestgjørende opplysninger ikke kan innhentes fra forbrukeren, at kredittgiver skal undersøke relevante databaser. Forarbeidene er imidlertid klare på at det i betydelig grad er opp til kredittgiver selv å vurdere konkret om det er mest hensiktsmessig å innhente opplysninger fra forbrukeren eller fra database¹⁷⁰. Det kan for eksempel tenkes at kredittgiveren må kunne nøye seg med å undersøke relevant database for betalingsanmerkninger ved innvilgelse av små kredittbeløp. Det må videre kunne aksepteres at kredittgiver oppretter en rutine om alltid å undersøke relevante databaser for å verifisere at opplysningene forbrukeren gir er korrekte¹⁷¹.

Innhenting av opplysninger fra relevant database forutsetter under enhver omstendighet at slike databaser finnes. Forbrukerkredittdirektivet pålegger ikke medlemsstatene å

¹⁷⁰ NOU 2009:11 s. 59

¹⁷¹ NOU 2009:11 s. 59

opprette relevante databaser¹⁷². I denne forbindelse er det hevdet at det pr. i dag ikke eksisterer noen relevant og pålitelig database i Norge. For eksempel finnes det ikke noe register som gjør det mulig å avdekke forbrukerens totale gjeldsbyrde¹⁷³. På denne bakgrunn er plikten til å undersøke "relevant database" naturlig begrenset til å gjelde relevante databaser som er tilgjengelige¹⁷⁴.

Det må antas at mange av de større finansinstitusjoner i dag har etablert egne databaser som inneholder informasjon av betydning for vurderingen av forbrukerens kredittverdighet. Det synes imidlertid å være forholdsvis vanlig at kredittgivere kjøper relevante opplysninger av eksterne aktører som spesialiserer seg på å utføre kredittsjekker¹⁷⁵. Det dreier seg her i stor grad om søk etter betalingsanmerkninger. I denne relasjon kan det nevnes at lagmannsretten i den tidligere omtalte dom inntatt i LE-2003-05641 uttalte at betalingsanmerkninger ikke hadde relevans for bankens vurdering av forbrukerens økonomiske evne etter § 47. Dette ble begrunnet med at;

"Slike opplysninger sier noe om hvordan vedkommende tidligere har skjøttet sine betalingsforpliktelser. Frarådingsplikten knytter seg derimot til om vedkommende i fremtiden har økonomisk evne til å betjene lånet".

Etter innføringen av § 46b kan dette synspunkt neppe opprettholdes, ettersom kredittvurderingen etter denne bestemmelsen som nevnt danner grunnlaget for frarådingsplikten¹⁷⁶. Forbrukerens eventuelle betalingsanmerkninger vil således være en naturlig del av kredittvurderingen etter § 47¹⁷⁷.

Ved en etterfølgende forhøyelse av forbrukerens samlede kreditt, følger det av § 46 b annet ledd at kredittgiver plikter å vurdere forbrukerens kredittverdighet på nytt dersom forhøyelsen er "vesentlig". Loven selv gir ikke holdepunkter for å fastslå hva som

¹⁷² NOU 2009:11 s. 60

¹⁷³ Uttalelse fra Gjeldsoffer-Alliansen i Prop.65L (2009-2010) s. 86-87

¹⁷⁴ se også Taubøll s. 29-30

¹⁷⁵ Se f.eks. www.lidorff.no og www.db24.no

¹⁷⁶ NOU 2009:11 s. 63

¹⁷⁷ Se også Taubøll s. 33

utgjør en vesentlig forhøyelse, og i følge departementet vil innholdet i vesentlighetskriteriet bero på fremtidig rettspraksis fra EF-domstolen¹⁷⁸.

Det kan imidlertid spørres om vesentlighetskravet etter § 46 b annet ledd også gjelder for vurderingen av frarådingsplikt etter § 47, slik at fraråding ved kredittforhøyelse bare blir aktuelt dersom forhøyelsen er "vesentlig". Uten å gå dypere inn i dette spørsmålet synes praksis fra Finansklagenemnda ikke å åpne for at plikten til å foreta en forsvarlig kredittvurdering etter § 47, er betinget av størrelsen på kreditten. Så vidt jeg kan se er det heller ikke lovgivers mening at § 46 b skal ha en slik betydning¹⁷⁹. Det må imidlertid være klart at vurderingen etter § 47 kan gjøres betydelig enklere dersom det er tale om en mindre kredittforhøyelse, jf. for eksempel FINKN-2011-268.

Ut over det som følger av § 46b er kredittgiver neppe pålagt en særlig omfattende undersøkelsesplikt med hensyn til å avdekke mulige "andre forhold" på forbrukerens side¹⁸⁰.

4.3.1 Skjæringspunktet for kredittgivers aktsomhetsplikt

Etter § 47 første ledd holdes kredittgiveren ansvarlig for opplysninger han må forventes å være kjent med i tidsrommet fra "før kredittavtale inngås" og helt frem til "kreditten utbetales eller salgsting overgis til forbrukeren". I denne perioden antas opplysningene som fremkommer å være synbare for kredittgiver, og kan dermed danne grunnlag for frarådingsplikt¹⁸¹. Etter utbetalingstidspunktet er kredittgivers aktsomhetsplikt imidlertid opphørt. Forbrukeren kan følgelig ikke gjøre gjeldende at frarådingsplikten er misligholdt som følge av etterfølgende forhold. Dette gjelder likevel ikke dersom forholdene var kjente og sannsynlige før skjæringstidspunktet¹⁸², jf. punkt 4.2.1. Grensen for hva som er kjent og sannsynlig i fremtiden kan være vanskelig å trekke, og vil måtte avgjøres konkret. Det kan likevel nevnes som eksempel at kredittgivers aktsomhetsplikt ikke strekker seg så langt som at kredittgiver må ta i betraktning at et

¹⁷⁸ Prop.65L (2009-2010) s. 89

¹⁷⁹ Se NOU 2009:11 s. 60 og Prop.65L (2009-2010) s. 89

¹⁸⁰ Se også Hveem (2009) s. 246

¹⁸¹ Hansen (2005) s. 247

¹⁸² NOU 1994:19 s. 55

ektepar med solid betjeningsevne før skjæringstidspunktet, vil få problemer dersom den ene ektefellen senere dør, jf. BKN-2010-39.

4.4 Terskelen for frarådingsplikten inntreden

Hittil er det redegjort for hvilke forhold på forbrukerens side som aktualiserer frarådingsplikt etter § 47, og hvilke krav som stilles til kredittgivers kunnskap om de aktuelle forhold. Det gjenstår da å si noe om når den foreliggende informasjon tilsier at fraråding faktisk skal skje. Dette kan formuleres i et spørsmål om hvor terskelen for frarådingsplikten inntreden ligger.

Forut for avtaleinngåelsen eller utbetalingen av kreditten er det naturligvis kredittgiver selv som avgjør om fraråding skal skje eller ikke. Spørsmålet kommer derfor på spissen ved en etterfølgende tvist om forbrukeren skulle ha vært frarådet, altså om frarådingsplikten er misligholdt.

Etter § 47 første ledd er frarådingsplikten inntreden knyttet til en vurdering av hvorvidt de aktuelle forhold på forbrukerens side er av en slik karakter at denne "alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp kreditten". Ordet "alvorlig" indikerer at det er tale om et strengt kriterium, slik at det skal mye til for å konstatere pliktbrudd. Ordlyden kan imidlertid ikke tolkes så strengt at långiver må holde det for tilnærmet sikkert at kredittavtalen vil bli misligholdt for å ha plikt til å fraråde¹⁸³. Terskelen for frarådingsplikten etter § 47 må således antas å være lavere enn etter den ulovfestede frarådingsplikten¹⁸⁴, jf. punkt. 2.2.2.

Ordlyden i § 47 første ledd gir uttrykk for at avgjørelsen av om forbrukeren "alvorlig" burde ha overveiet å avstå fra kredittopptaket på lånetidspunktet beror på en konkret helhetsvurdering. Forarbeidene angir dessuten kun generelle utgangspunkter når det uttales at frarådingsplikt bør inntre dersom det er et "klart misforhold" mellom den innvilgede kreditt og forbrukerens økonomi, eller at forholdet fremstår som

¹⁸³ Hansen (2005) s. 244-245

¹⁸⁴ Hagstrøm (2011) s. 179

"tvilsomt"¹⁸⁵. Terskelen for frarådingsplikten vil følgelig i all hovedsak bli fastlagt gjennom praksis fra de aktuelle tvisteløsningsorganer.

På grunn av den store variasjonsbredden med hensyn til saksforhold i foreliggende praksis, er det vanskelig å si noe generelt om hvor terskelen for frarådingsplikten ligger. Et visst inntrykk kan man likevel få dersom man ser på hvordan tvister om misligholdt frarådingsplikt blir avgjort statistisk sett¹⁸⁶. Ettersom de fleste tvister om misligholdt frarådingsplikt blir avgjort av Finansklagenemnda, er det naturlig at uttalelsene herifra tjener som eksempel. Jeg velger her å ta utgangspunkt i de uttalelser som er publisert på Finansklagenemndas egen nettside, der 57 uttalelser pr. i dag er angitt å gjelde § 47 direkte¹⁸⁷. Slik jeg ser det er det imidlertid kun 48 som er relevante for statistikken, ettersom de resterende 9 enten er avvist eller av andre årsaker ikke tar stiling til spørsmålet om misligholdt frarådingsplikt. En gjennomgang av de relevante uttalelser viser da at frarådingsplikten er ansett som misligholdt i 12 saker¹⁸⁸. I de resterende 36 fikk kredittgiver medhold fullt ut. Dette betyr at det er konstatert brudd på frarådingsplikten i 25 % av alle sakene nemnda har behandlet siden 2002. Følgelig har 75 % av sakene endt med at terskelen for fraråding ikke var overskredet. Forholdet viser en klar overvekt av uttalelser i favør av kredittgiver, noe som indikerer at terskelen for frarådingsplikt er høy.

Selv om terskelen for frarådingspliktens inntreden beror på en konkret vurdering, finnes det eksempler på at terskelen til en viss grad er standardisert. Her kan det igjen vises til de nevnte retningslinjer fra Finanstilsynet¹⁸⁹, hvor det i punkt 2 fastsettes at fraråding etter § 47 uansett bør skje "dersom låntaker har et beregnet likviditetsunderskudd hensyntatt renteøkning". Det presiseres at likviditetsberegningen bør skje "med utgangspunkt i inntekt, alle utgifter, betjening av samlet gjeld i form av renter og avdrag (likviditetsoverskudd)", og etter retningslinjene punkt 8 "må [kredittgiver] ta høyde for at renten øker med minst 5 prosent". Gjennom retningslinjene synes frarådingsplikten å være

¹⁸⁵ NOU 1994:19 s. 54

¹⁸⁶ Se også Taubøll (2011) s. 41

¹⁸⁷ Se www.finkn.no, resultatene gjelder pr.23.4-2012

¹⁸⁸ Dette betyr imidlertid ikke at forbrukeren nødvendigvis har fått medhold i kravet om lemping.

¹⁸⁹ Finanstilsynet 2011

operasjonalisert i form av objektive og konkrete kriterier for når fraråding skal gis¹⁹⁰. Dette vil trolig gjøre det lettere å avgjøre hvorvidt terskelen for frarådingsplikt er overskredet i det enkelte tilfelle. Det kan tenkes at retningslinjene i fremtiden vil få betydning også for utlån til annet enn boligformål.

4.5 Krav til utøvelsen av frarådingen

Dersom kredittgiver etter sin vurdering konkluderer med at betingelsene for frarådingsplikt er til stede, skal forbrukeren "underrettes" om at han alvorlig bør overveie å avstå fra kredittopptaket, jf. § 47 første ledd. Det er således underretningen som utgjør selve frarådingen. Problemstillingen blir så hvilke krav som stilles til underretningen, både formelt og materielt.

Hva gjelder de *formelle* krav skal underretningen først og fremst skje skriftlig, jf. § 47 første ledd, annet punktum. Kravet til skriftlighet bygger på hensynet til notoritet som innebærer at det i ettertid skal være mulig å kontrollere at fraråding faktisk har skjedd og hva frarådingen bestod i. Videre antas det at skriftligheten vil understreke alvoret i situasjonen og gi forbrukeren et bedre og klarere grunnlag for å overveie om han skal følge kredittgiver fraråding eller ikke¹⁹¹.

Kravet til skriftlighet etter § 47 må forstås som at underretningen skal skje på papir. Finansavtaleloven § 8 første ledd åpner imidlertid for at underretningen isteden kan skje ved bruk av elektronisk kommunikasjon, typisk via e-post. Forutsetningen er her at "kunden ønsker dette". Kredittgiver kan følgelig bare underrette forbrukeren om sine motforestillinger gjennom elektronisk kommunikasjon dersom forbrukeren uttrykkelig ha akseptert det¹⁹². Med dagens bruk av elektronisk kommunikasjon er det likevel naturlig å tolke det som en aksept etter § 8 førets ledd hvis forbrukeren selv tar kontakt med kredittgiver via e-post¹⁹³. Etter ordlyden i § 8 kan det heller ikke utelukkes at underretningen kan skje på andre måter enn e-post, for eksempel via SMS. Det kan

¹⁹⁰ Kredittilsynet (2007) s. 6

¹⁹¹ NOU 2007:5 s. 59, se også Hansen (2005) s. 248

¹⁹² Ot.prp.nr.41 (1998-1999) s. 25

¹⁹³ Se også Hansen (2005) s. 248

imidlertid tenkes at dette vil stride mot skriftlighetskravets formål om å sikre at opplysninger gis på en tydelig måte¹⁹⁴.

Selv om kravet til skriftlighet antas å markere et alvor overfor forbrukeren, er det ikke sikkert at budskapet alltid når frem i praksis. Dette tydeliggjøres ved å ta i betraktning at de forbrukere som trenger mest veiledning og vern, erfaringsmessig også er minst tilbøyelig til å sette seg inn i skriftlig materiale¹⁹⁵. Skriftlighet alene innebærer således en risiko for at forbrukeren overser eller unnlater å tillegge frarådingen den vekt han kanskje ville ha gjort, dersom frarådingen ble gitt på en måte som i større grad sikret at han festet seg ved den¹⁹⁶. Av denne grunn ble det ved lovendringen i 2010 innført et krav om at frarådingen også skal gis muntlig, jf. § 47 første ledd, tredje punktum. Det stilles ingen spesielle krav til hvordan den muntlige underretningen skal skje. Det sentrale er at det etableres en muntlig kontakt mellom kredittgiveren og forbrukeren, og i følge departementet kan en telefonsamtale etter omstendighetene være tilstrekkelig¹⁹⁷.

Muntlighetskravet er imidlertid ikke absolutt, og gjelder bare så vidt det er mulig. I følge forarbeidene kommer reservasjonen til anvendelse kun unntaksvis hvor kredittgiveren til tross for formålstjenlige forsøk ikke får muntlig kontakt med forbrukeren, og hvor avtaleinngåelsen etter forholdene ikke bør utsettes til muntlig kontakt er oppnådd¹⁹⁸. Muntlighetskravet er videre begrenset til å gjelde tilfeller der underretningen skjer "før kredittavtale inngås". Årsaken til dette er ikke utdypet nærmere i forarbeidene annet enn at muntlig fraråding trolig er mindre egnet i tilfeller hvor frarådingsplikten inntreffer etter at kredittavtalen er inngått¹⁹⁹.

For det tilfellet at det blir inngått en kredittavtale på tross av at fraråding er skjedd, skal forbrukeren etter § 47 første ledd, fjerde punktum, bekrefte at han er kjent med at kredittgiver både skriftlig og muntlig har frarådet ham å oppta kreditten. Bekreftelsen

¹⁹⁴ Ot.prp.nr.41 (1998-1999) s. 25

¹⁹⁵ Hagstrøm (2011) s. 178

¹⁹⁶ NOU 2009:11 s. 64

¹⁹⁷ Prp.65L (2009-2010) 219

¹⁹⁸ Prp.65L (2009-2010) 219

¹⁹⁹ NOU 2009:11 s. 64

skal skje ved signatur, formodentlig på et vedlegg til kredittavtalen. Kravet til bekreftelse ble også innført i 2010, og skal tydeliggjøre overfor forbrukeren at kredittopptaket skjer på egen risiko²⁰⁰.

Brudd på de formelle kravene som stilles til underretningen etter § 47 vil etter omstendighetene kunne utgjøre mislighold av frarådingsplikten, jf. for eksempel FINK-2011-136 der forbrukeren kun fikk muntlig fraråding.

Ordlyden i § 47 gir ikke holdepunkter for å oppstille særlige krav til det *materielle* innholdet i underretningen, bortsett fra at forbrukeren må gjøres kjent med at han "alvorlig bør overveie" å avstå fra kredittopptaket. Av forarbeidene følger det imidlertid at frarådingen må være "konkret utformet i forhold til den aktuelle kredittkunden"²⁰¹.

Kravet til individualisert fraråding kan sees i sammenheng med både kredittvurderingsplikten i § 46 b og den såkalte forklaringsplikten i den nye § 46 c. Etter sistnevnte bestemmelse skal kredittgiver på det pre-kontraktuelle stadiet gi forbrukeren en fyllestgjørende forklaring "slik at han eller hun er i stand til å vurdere om kredittavtalen passer til hans eller hennes behov og finansielle situasjon". Bestemmelsene er begge nye fra 2010, og understreker at kredittgiver skal basere sine vurderinger på individuelle omstendigheter, og gi forbrukerne klar og tydelig informasjon om eventuell risiko.

Uten et krav om individualisert fraråding ville bestemmelsen i § 47 første ledd antagelig miste mye av sin tilsiktede virkning. Kredittgivere kunne da gitt generelle fraråding til nær sagt alle forbrukere og dermed unngå ansvar etter § 47. Frarådingsplikten vil således *ikke* kunne anses oppfylt dersom kredittgiver tar inn en standardformulering i avtaledokumentet om fraråding til alle kunder eller en større gruppe kunder, eller i et annet dokument som gis kredittkundene²⁰².

²⁰⁰ NOU 2009:11 s. 64

²⁰¹ NOU 2007:5 s. 59

²⁰² NOU 2007:5 s. 59

5 Rettsvirkninger av brudd på frarådingsplikten

5.1 Innledning

Ut i fra det som er sagt over foreligger det et brudd på frarådingsplikten etter § 47 første ledd dersom kredittgiver har unnlatt å underrette forbrukeren om at han bør avstå fra kredittopptaket til tross for at dette skulle vært gjort, eller frarådet på en altfor vag og generell måte²⁰³. Problemstillingen blir så hvilke rettsvirkninger et slikt pliktbrudd kan få.

Kredittavtalen mellom kredittgiver og forbruker er naturligvis underlagt den alminnelige avtale- og obligasjonsrett, og kan følgelig kjennes ugyldig, heves eller utløse erstatningsansvar dersom vilkårene er tilstede. Frarådingsplikten gjelder imidlertid som en lovfestet sideforpliktelse til kredittavtalen²⁰⁴, og for å gjøre denne forpliktelsen effektiv er det som nevnt over inntatt en eksplisitt sanksjonsregel i § 47 tredje ledd som åpner for å lempe forbrukerens forpliktelser etter avtalen. Om begrunnelsen for lempningsregelen vises det til punkt 2.3.

5.2 Nærmere om vilkårene for lemping

Det grunnleggende vilkår for lemping er som nevnt at det foreligger et brudd på frarådingsplikten. Problemstillingen her er hvilke øvrige vilkår som må være oppfylt for at lemping kan skje.

5.2.1 Rimelighet

Etter ordlyden i tredje ledd kan forbrukerens forpliktelser lempes "for så vidt dette finnes rimelig". I følge forarbeidene vil en ved et slikt rimelighetskjønn normalt oppnå den løsning som har de beste grunner for seg i hvert enkelt tilfelle²⁰⁵. Hvorvidt lemping finnes rimelig må følgelig avgjøres konkret. Det kan imidlertid spørres om hvilke momenter som typisk er relevante å ta i betraktning, og hva som taler for og i mot rimelighet generelt sett.

²⁰³ NOU 1994:19 s. 56

²⁰⁴ Hagstrøm (2011) s. 178

²⁰⁵ NOU 2009:11 s. 64

Banklovkommisjonen åpner i sin utredning for en bred rimelighetsvurdering der en rekke omstendigheter kan være relevante²⁰⁶. Det sentrale synes likevel å være partenes subjektive forhold, der det blant annet kan legges vekt på hvor grov overtredelsen av frarådingsplikten var og i hvilken grad forbrukeren selv kan bebreides for det uheldige kredittopptaket²⁰⁷.

Forarbeidene gir ingen holdepunkter for å vurdere om et brudd på frarådingsplikten er mer eller mindre grovt. Man kan likevel tenke seg ulike alvorlighetsgrader der fullstendig unnlattelse av å fraråde vil være den grovste form for overtredelse, mens et mindre grovt brudd vil foreligge dersom kredittgiveren for eksempel har frarådet klart og tydelig men ikke overholdt skriftlighetskravet²⁰⁸. Igjen kan uttalelsen i BKN-2003-108 tjene som eksempel. Til tross for at kredittgiver her ikke hadde frarådet skriftlig, ble lemping ikke funnet rimelig fordi forbrukeren blant annet gjennom en skriftlig salgsfullmakt hadde fått klare signaler om at hans betjeningsevne var svak, og måtte forbedres for å unngå mislighold. Denne kommunikasjonen oppfylte i stor grad det samme formål som en skriftlig fraråding ville ha gjort²⁰⁹. Betydningen av dette momentet er imidlertid avhengig av de konkrete omstendigheter i saken. Lemping på grunn av manglende skriftlighet er således ikke utelukket selv om kredittgiver ellers har gitt tydelige signaler om at kredittopptaket ikke er å anbefale, jf. for eksempel LG-2010-102752.

Ved siden av overtredelsens grovhet, synes det i praksis å bli lagt stor vekt på kredittgivers aktsomhet ved kredittvurderingen. Som eksempel vises det her til den ovennevnte uttalelse i BKN-2008-44, der kredittgivers kredittvurdering ble ansett å være utilstrekkelig fordi det ikke var tatt hensyn til betydelig fellesgjeld i borettslaget som klagerne pliktet å betjene gjennom felleskostnader. Gjelden ble som nevnt lempet fullt ut.

²⁰⁶ NOU 1994:19 s. 56

²⁰⁷ NOU 1994:19 s. 56

²⁰⁸ Hansen (2005) s. 249

²⁰⁹ Hveem (2009) s. 252

Selv om det foreligger kritikkverdige forhold på kredittgivers side vil det som nevnt også kunne legges vekt på forhold på forbrukerens side. Dette er for så vidt naturlig ettersom det synes mindre rimelig å lempe dersom forbrukeren selv har bidratt til det uheldige låneopptaket. Dersom forbrukeren for eksempel må ha forstått at han ikke vil makte å betjene kreditten, bør dette redusere betydningen av kredittgivers forsømmelse og tale mot lemping²¹⁰. Den allerede omtalte uttalelse i BKN-2002-24 er her illustrerende. På den ene side kunne banken bebreides for å ha foretatt en kritikkverdig kredittvurdering, og for å ha vært aggressive i sin markedsføring av lånet. På den annen side hadde forbrukeren selv bidratt med opplysninger som han måtte forstå var urealistiske. I følge Bankklagenemnda var det derfor rimelig at forbrukeren selv bar noe av ansvaret for kredittopptaket, og gjelden ble lempet med 50 %. Forbrukerens egen aktsomhet synes å ha stor betydning i praksis og har i noen tilfeller ført til at gjelden ikke har blitt lempet i det hele tatt²¹¹. Dersom forbrukeren bevisst har gitt kredittgiver uriktige opplysninger er lemping normalt utelukket²¹². I slike tilfeller vil imidlertid grunnvilkåret om pliktbrudd sjelden være oppfylt, jf. punkt 4.3.

På samme måte som vurderingen av om frarådingsplikten er misligholdt etter § 47 første ledd, vil rimelighetsvurderingen knytte seg til forhold som forelå forut for kredittopptaket. Praksis viser imidlertid at det ved rimelighetsvurderingen også kan legges vekt på etterfølgende forhold på forbrukerens side²¹³. For eksempel viser uttalelsen i FNKN-2011-219 at lemping ikke vil være rimelig dersom forbrukeren etter kredittopptaket mottar arvemidler som kan brukes til å innfri gjelden. Synspunktet kommer også til uttrykk i BKN-2010-76 der klageren ikke fikk medhold i sitt krav om lemping fordi han ved salg av sin bolig frigjorde midler som kunne brukes til å nedbetale deler av det aktuelle lånet. At forbrukeren i etterkant av kredittopptaket får styrket sin økonomiske evne taler således mot lemping. Videre er det i BKN-2003-140 lagt til grunn at lemping finnes lite rimelig dersom forbrukerlåntakeren selv ikke får nytte av den. I saken var forbrukeren avgått med døden og lempingen ville følgelig utelukkende komme hennes arvinger til gode. I tilfelle kredittopptaket tvinger

²¹⁰ NOU 1994:19 s. 56

²¹¹ Se for eksempel BKN-2005-104

²¹² NOU 2009:11 s. 59

²¹³ Hansen (2005) s. 250

forbrukeren til å selge eiendeler for å betjene kredittforpliktelsene vil dette imidlertid kunne tale for lemping²¹⁴, jf. for eksempel BKN-2009-92.

Oppsummert synes rimeligheten å finnes i balansepunktet mellom forhold på kredittgiverens og forbrukerens side. I den grad begge parter kan bebreides for det uheldige kredittopptaket er det i praksis gjennomgående funnet rimelig med en ansvarsdeling der gjelden lempes med ca. halvparten²¹⁵.

5.2.2 Årsakssammenheng

Selv om det ikke følger eksplisitt av ordlyden i § 47 tredje ledd, kan lemping bare skje dersom det foreligger tilstrekkelig årsakssammenheng mellom den manglende frarådingen og forbrukerens etterfølgende problemer²¹⁶. Spørsmålet blir så hva som skal til for å påvise slik årsakssammenheng.

Selve frarådingsplikten kan sies å være et lovfestet lojalitetskrav i form av en slags opplysningsplikt²¹⁷. Kravet til årsakssammenheng ved sanksjonering av pliktbrudd kan derfor sees i lys av det alminnelige kausalitetskrav som gjelder for avtalerettens ugyldighetsregler, og da særlig avtaleloven § 33. Vurderingstemaet blir følgelig i hvilken grad det er sannsynlig at forbrukeren hadde handlet annerledes dersom han hadde blitt frarådet på lovmessig måte, altså om den manglende fraråding har virket inn på kredittavtalen²¹⁸.

Vurderingen av et slikt hypotetisk hendelsesforløp vil i all hovedsak være av bevismessig art, hvor det blant annet må sees hen til forbrukerens personlige forutsetninger og omstendighetene rundt kredittopptaket²¹⁹. Har kredittgiver for eksempel vært aktiv pådriver for kredittopptaket vil dette antagelig tale for at

²¹⁴ Se også Hansen (2005) s. 250

²¹⁵ For eksempel BKN-2007-60 og BKN-2008-54

²¹⁶ NOU 1994:19 s. 56

²¹⁷ Hagstrøm (2011) s. 81

²¹⁸ Hansen (2005) s. 249

²¹⁹ Hansen (2005) s. 249

forbrukeren sannsynligvis hadde avstått dersom frarådingsplikten var overholdt. I tilfelle kredittgiver til tross for manglende fraråding har gitt tydelige signaler om sine tvil, vil dette derimot tale mot at forbrukeren hadde tatt hensyn til frarådingen, jf. BKN-2003-108. Det er sannsynligvis kredittgiver som har bevisbyrden i denne vurderingen²²⁰

I praksis synes vurderingen av årsakssammenhengen å inngå i rimelighetsvurderingen. Dette er da også naturlig ettersom det synes lite rimelig å lempe forbrukerens forpliktelser dersom den manglende frarådingen ikke har hatt betydning for forbrukerens kredittopptak²²¹.

5.3 Former for lemping

Dersom vilkårene for lemping er oppfylt blir spørsmålet hvordan lempingen skal skje. Her står tvisteløseren tilsynelatende fritt. For eksempel kan lemping skje ved at restfordringen reduseres eller bortfaller, reduksjon eller bortfall av rente, utvidelse av nedbetalingstid eller ved en kombinasjon av slike lempingsformer²²².

Selv om lempingsformen kan fastsettes fritt, synes det likevel i praksis å være en klar tendens til at lempingen skjer i form av reduksjon eller bortfall av den omtvistede gjeld. I tilfelle det foreligger et forlikstilbud fra kredittgiver blir dessuten denne løsning ofte lagt til grunn²²³.

²²⁰ Hansen (2005) s. 249, og Rt.2000 s.679

²²¹ Se også Taubøll s.50

²²² NOU 1994: 19 s.56, og Gyldendal rettsdata note 318

²²³ Se for eksempel FINKN-2011-136, FINKN-2011-271, FINKN-2011-577

6 Avsluttende bemerkninger - rettspolitisk vurdering

En vurdering av frarådingsplikten på det rettspolitiske plan vil naturlig knytte seg til spørsmålet om frarådingsplikten praktiseres slik at den oppnår de virkninger som lovgiver har forutsatt, jf. punkt 2.3. Med hensyn til at dette kun er en semesteravhandling har jeg imidlertid ikke forsøkt å foreta slike empiriske undersøkelser som er nødvendige for å kunne gi et tilfredsstillende svar på dette. Jeg finner likevel grunn til å komme med noen selvstendige betraktninger vedrørende frarådingspliktens godhet og hensiktsmessighet som rettsregel.

All den tid kredittgiver ikke har frarådet et kredittopptak, mener jeg § 47 bidrar til å styrke forbrukervernet ved at forbrukeren i ettertid kan få lempet sin gjeldsbyrde. Det faktum at bestemmelsen brukes i praksis (med en markant økning de senere år), indikerer at den selvstendige lempingshjemmelen i tredje ledd synes å være lettere å gripe til enn bestemmelsene i avtaleloven §§ 33 og 36 eller de ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold. I dette henseende er det grunn til å tro at risikoen for at kredittopptaket er uforsvarlig er flyttet lenger over mot kredittgiver enn før vedtagelsen av § 47²²⁴. Dette gjør regelen god og må antas å være i samsvar med lovgivers intensjon.

Det kan imidlertid spørres om og i hvilken grad § 47 verner forbrukeren dersom han faktisk blir frarådet. I slike tilfeller har kredittgiver innvilget kreditten, men i stor utstrekning fraskrevet seg ansvaret for at kredittopptaket er forsvarlig. Dersom forbrukeren velger å oppta kreditten på tross av frarådingen er det således han selv som må bære risikoen. Så vidt jeg kan se finnes det foreløpig ikke eksempler i praksis, verken fra domstolene eller Finansklagenemnda, på at en forbruker har fått lempet sin gjeldsbyrde etter å ha blitt frarådet²²⁵. Det vil dessuten trolig være vanskelig å nå frem med et lempningskrav etter de ovennevnte ugyldighetsregler i frarådingstilfellene²²⁶. I dette perspektiv ser man fort at bestemmelsen i seg selv åpner for at kredittgivere kan medvirke til uforsvarlige kredittopptak uten særlig risiko for selv å komme i ansvar.

²²⁴ Hveem (2009) s. 252

²²⁵ Dette er basert på et søk i lovdata den 21.4.2012, samt Hveems uttalelser (2009) på s. 257

²²⁶ Hveem (2009) s. 256

Etter mitt syn vil de fleste kredittgivere ha en egeninteresse i at kredittopptaket er forsvarlig for å unngå mislighold og tap. Det vil derfor trolig ofte være mer naturlig å avslå en kredittsøknad enn å innvilge med fraråding dersom forbrukerens betjeningsevne er svak. Det kan likevel ikke utelukkes at enkelte kredittgivere ser muligheter til fortjeneste ved for eksempel å innvilge usikrede lån med høye renter og gebyrer. Slike inntekter kan fort overstige det tap som oppstår når restgjelden eksempelvis selges til et inkassobyrå på grunn av forbrukerens mislighold. I den grad slike mindre hederlige kredittgivere innvilger lån med fraråding, kan § 47 dermed virke som en fritaksregel for uforsvarlig kredittgiving. Kjernen i problemet ligger altså i at forbrukeren på eget ansvar må avgjøre om han skal ta opp kreditten eller ikke. Selv om frarådingen er ment å foranledige en beslutning om å avstå, er det grunn til å tro at forbrukere kun i beskjeden grad avstår fra kredittopptak i frarådingstilfellene²²⁷. Antagelig gjelder dette særlig forbrukere som allerede har en hardt presset økonomi. På denne bakgrunn kan det tenkes at § 47 er mindre egnet til å forhindre uforsvarlige kredittopptak enn det lovgiver har forespeilet.

Til tross for denne svakheten må det etter mitt skjønn likevel være grenser for hvor langt § 47 kan beskytte forbrukeren mot seg selv og sine valg. Slik jeg ser det er frarådingsplikten først og fremst et lovfestet lojalitetskrav som skal bidra til å gjøre partene mer jevnbyrdige. Dersom lojalitetskravet ikke overholdes vil ujevnheten i styrkeforholdet kunne repareres gjennom lempingsadgangen. I den grad man ønsker å begrense kredittgivers adgang til å yte kreditt må dette antagelig gjøres på andre måter enn gjennom § 47. For eksempel har finanstilsynet som nevnt utarbeidet retningslinjer for kredittgiving til boligformål, der hovedprinsippet er at kreditten skal avslås dersom forbrukeren har et likviditetsunderskudd²²⁸. Man kan tenke seg lignende retningslinjer eller forskrifter på andre områder, for eksempel området for forbrukskreditt. Et annet tiltak kan være å forby aggressiv markedsføring av forbrukslån og kredittkort.

For øvrig synes frarådingsplikten i dag å ha befestet seg som en forbrukervernregel som trolig har ført til en mer bevisst og forsvarlig kredittgivningspraksis enn tidligere. Det er

²²⁷ Hveem (2009) s. 257, se også Taubøll (2011) s. 56

²²⁸ Finanstilsynet (2012) ptk.2

i denne sammenheng påfallende at Finansklagenemnda ikke har kommet med noen uttalelser vedrørende § 47 så langt i 2012²²⁹.

²²⁹ Pr. 23.4.2012

7 Kilde / litteraturliste

7.1 Lover

- | | |
|------|---|
| 1918 | Lov om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)
av 31. mai 1918 nr. 4 |
| 1985 | Lov om kredittkjøp m.m. (kredittkjøpsloven)
av 21. juni 1985 nr. 82 (OPPHEVET) |
| 1988 | Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner
(finansieringsvirksomhetsloven)
av 10. juni 1988 nr. 40 |
| 1992 | Lov om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner
(gjeldsordningsloven)
av 17. juli 1992 nr.99 |
| 1999 | Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)
av 25. juni 1999 nr. 46 |
| 2002 | Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)
av 21. juni 2002 nr. 34 |

7.2 Forskrifter

- | | |
|------|---|
| 2007 | Forskrift til verdipapirhandelloven (verdipapirforskriften)
av 29. juni 2007 nr. 876 |
|------|---|

7.3 Forarbeider

NOU 1994:19

Finansavtaler og finansoppdrag

Ot.prp.nr.41 (1998-1999)	Finansavtaler og finansoppdrag
Innst.O.nr.84 (1998-1999)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om finansavtaler og finansoppdrag
NOU 2007:5	Frarådingsplikt i kredittkjøp
Ot.prp.nr.22 (2007-2008)	Om lov om endringer i lov om kredittkjøp m.m. (frarådingsplikt)
NOU 2009:11	Kredittavtaler. Gjennomføring i norsk rett av forbrukerkredittdirektivet (2008/48/EF) m.m.
Prop.65 L (2009-2010)	Endringer i finansavtaleloven mv. (gjennomføring av direktiv 2008/48/EF om kredittavtaler for forbrukere mv.)
NOU 2011:8B	Ny finanslovgivning. Lov om finansforetak og finanskonsern. Utredning nr. 24 fra Banklovkommisjonen

7.4 EØS-direktiver

Forbrukerkredittdirektivet	Europaparlaments - og rådsdirektiv 2008/48/EF av 23. april 2008 om kredittavtaler for forbrukere og om oppheving av rådsdirektiv 87/102/EØF
----------------------------	---

7.5 Rettspraksis

7.5.1 Høyesterettspraksis

Rt.1959 s. 1048

Rt.1984 s. 28

Rt.1984 s. 248
Rt.1985 s. 319
Rt.1987 s. 744
Rt.1993 s. 1482
Rt.2000 s. 679
Rt.2003 s. 1253
Rt.2004 s. 156
Rt.2012 s. 355

7.5.2 Lagmannsrettspraksis

LE-2003-05461
RG-2008-1508
LG-2010-102752
LB-2010-176533
RG-2011-528

7.5.3 Tingrettspraksis

TOSLO-2010-50925

7.5.4 Uttalelser fra Bankklagenemnda / Finansklagenemnda Bank

BKN-2002-24
BKN-2003-32
BKN-2003-97
BKN-2003-108
BKN-2003-140
BKN-2004-66
BKN-2008-44
BKN-2009-10
BKN-2009-25
BKN-2009-40
BKN-2009-92
BKN-2010-15
BKN-2010-39
BKN-2010-51

BKN-2010-76
BKN-2010-142
FINKN-2011-29
FINKN-2011-136
FINKN-2011-220
FINKN-2011-268
FINKN-2011-271
FINKN-2011-420
FINKN-2011-640
FINKN-2011-577

7.6 Juridisk Litteratur

7.6.1 Lærebøker

- | | |
|-----------------|---|
| Eckhoff (2001) | Eckhoff Torstein: <i>Rettskildelære</i>
Universitetsforlaget 2001, 5. utgave v/ Jan E. Helgesen |
| Hagstrøm (2011) | Hagstrøm, Viggo: <i>Obligasjonsrett</i>
Universitetsforlaget 2010, 2. utgave. |
| Zimmer (2009) | Zimmer, Fredrik: <i>Lærebok i Skatterett.</i>
Universitetsforlaget 2009, 6. utgave. |

7.6.2 Artikler

- | | |
|-----------------|---|
| Hagstrøm (2010) | Hagstrøm, Viggo: <i>Bankers ansvar for finansiell rådgivning, særlig ved formidling av spareprodukter til forbrukere.</i> Festskrift til Mads Henry Andenæs 2010, s. 62-85 |
|-----------------|---|

- | | |
|----------------|--|
| Hansen (2005) | Hansen, Bjørn Erik: <i>Finansinstitusjoners frarådingsplikt - noen utviklingslinjer.</i>
Tidsskrift for forretningsjus 2005 nr.2 s. 234-259 |
| Hveem (2009) | Hveem, Dag Jørgen: <i>Bankers ansvar ved rådgivning og kredittgivning.</i> Finansiella Kriser- betalingssystem och skuldförhållande. Stockholm Centre for Commercial Law, Juridiska institutionen 2009 s. 203-257 |
| Vinje (2006) | Vinje, Erik H.: <i>Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven.</i>
Lov og rett 2006 nr.5 s. 298-316 |
| Taubøll (2011) | Taubøll, Henrik: <i>Kredittgivers frarådingsplikt etter finansavtaleloven § 47.</i> Masteroppgave universitetet i Oslo 2011 |

7.7 Rapporter etc.

- | | |
|--------------------------|--|
| Kredittilsynet (2007) | "Tematilsyn om boligfinansiering"
av november 2007 |
| Kredittilsynet (2008) | "Undersøkelse av sammensatte produkter"
av 02.januar 2008 |
| Bankklagenemnda (2009) | Årsberetning 2009 |
| Finansklagenemnda (2011) | Årsberetning 2011 |
| Finanstilsynet (2012) | Finansielt utsyn 2012 |

7.8 Andre kilder

Avtale om Finansklagenemnda i kraft 1. juli 2010

Vedtekter for Finansklagenemnda i kraft 1. juli 2010

Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda i kraft 1. juli 2010

7.9 Nettsider

Lovdata	www.lovdata.no
Gyldendal rettsdata	www.rechtsdata.no
Finansklagenemnda	www.finkn.no
Finanstilsynet	www.finanstilsynet.no
Lindorff	www.lindorff.no
Dun & Bradstreet	www.db24.no

7.10 Liste over tabeller og figurer m.v.

Figur nr. 1.	Hentet fra: Finanstilsynet - Finansielt utsyn (2012) på side 23
--------------	--